ENRIQUE AHRENS.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA

Ó EXPOSICION ORGÁNICA

DE LA CIENCIA DEL DERECHO Y EL ESTADO.

VERSION DIRECTA DEL ALEMAN,

aumentada con notas críticas y un estudio sobre la vida y obras del autor,

POR

FRANCISCO GINER,

GUMERSINDO DE AZCÁRATE Y AUGUSTO G. DE LINARES,

Profesores en la *Institucion libre de enseñanza.*

TOMO II.

MADRID:

LIBRERÍA DE VICTORIANO SUAREZ, JACOMETREZO, NÚM. 72.

1878.

IMPRENTA DE JOSÉ MARÍA PEREZ, CORREDERA BAJA, NÚM. 41.

TÍTULO SEGUNDO.

Derecho del pueblo griego, y especialmente del romano.

PRELIMINAR.

DIFERENCIA ENTRE LA CONCEPCION BIOLÓGICA Y JURÍDICA DE LOS GRIEGOS Y LA DE LOS ROMANOS (1).

Los griegos y los romanos, razas ambas arias (indo-europeas), inmigradas á Europa en tiempos prehistóricos, muestran en muchos respectos tan grande afinidad, que todavia investigadores reputados de los últimos tiempos llegan á suponer se derivan de un tronco comun, los antiguos pelasgos. Esta hipótesis es innecesaria (2). Pero las dos familias han cumplido en la historia la mision comun de abrir camino al libre desarrollo del espíritu humano, desatando los lazos que lo encadenaban en Oriente. Como las tribus emigrantes, en general, abandonan muchas ideas é instituciones de su primera pátria, tuvieron éstas por necesidad que perder y modificar gran número de cosas durante aquella larga peregrinacion, favorable á la libertad; y así los griegos y los roma-

(1) Comp. sobre este punto á HEGEL, *Filos. de la Hist. (Phil. der Gesch.)*; GANS, *Der. de suces.*; STAHL, *Fil. del Der. (Phil. des Rechts)*, t. I, p. 33, y t. II, p. 393; UNGER, *o. c.* p. 92, etc.

(2) Sobre esto, se insiste luego en la historia del derecho rom., capítulo I, §. 1.

nos, hasta donde cabe seguir sus huellas en la historia, entran en escena con otra concepcion del mundo y de la vida.

En comparacion con el Oriente, aparece esta concepcion como su antítesis. Mientras que, allí, la vida presente con sus límites, sólo se comprende por su relacion á lo divino y la vida ulterior (1), aquí se invierte el punto de vista, se coloca el centro en esta vida, sustantiva, que se basta á sí propia, bella, grata, radiante, y por respecto á la cual aparece la otra como un reino de sombras, triste y oscuro; y se emprende su desenvolvimiento con ánimo y vigor, luchando con energía y bravura. En este desenvolvimiento, vá penetrando más cada vez en la conciencia y en la aplicacion el principio de la personalidad, de la libertad, del derecho del hombre. Quedan, es verdad, todavia en la religion ciertas ideas fundamentales, comunes á las tribus arias; pero así como éstas, probablemente en su emigracion, se escinden y dispersan, así tambien el politeismo se enlaza preponderante é íntimamente á la vida política; el Uno y Eterno, que existe sobre toda pluralidad y la domina, se concibe tan sólo como destino, hado, igualmente superior á los dioses particulares.

La distincion entre los griegos y los romanos, en punto á su concepcion biológica y jurídica, nace del diverso modo de pensar y sentir de ambas razas, en las que aparecen fuerzas intelectuales innatas, enteramente distintas. El espíritu griego comprende la vida, merced á la fuerza unitaria de la razon y de la fantasía plástica, en íntimo enlace del todo con

(1) El autor mismo (*Enciclop.*, I, p. 263) niega que la concepcion de *todos* los pueblos orientales tenga este carácter predominantemente religioso. De sus propias palabras (id., p. 309), seria difícil colegir que el pueblo chino, por ejemplo, concibiese la vida en esta subordinacion á lo divino.—(*N. T.*)

las partes: aquel, como lo superior y éstas en subordinacion, pero con relativa sustantividad y derecho. Cuanto contempla en el mundo de la Naturaleza, en el cual no ve ya la señal de otra esfera superior, mas tan solo su propia belleza, en cuyo seno respira libremente, otro tanto pretende representar en el mundo intelectual y moral, bajo el carácter de la libertad. El Cosmos (1) viene á ser el principio director de la vida. De aquí resulta tambien el sentido artístico, estético y especialmente plástico de los griegos, con el cual se enlaza tambien—cosa frecuente en el espíritu artista—una gran volubilidad; y se concibe que Aristóteles haya podido definir en general la poesía como la libre imitacion de la Naturaleza. Este carácter explica por qué en Grecia habia de llegar á desenvolverse el Estado, la vida política; y no, como en Roma, el derecho privado. No es que el espíritu heleno desconozca en verdad el derecho subjetivo de cada ciudadano; sino porque en primer término contempla el todo, en el cual, y por el cual el indivíduo y su derecho subsisten: el Estado, bello órden, formado sobre el modelo de la Naturaleza, y cuyas partes, los indivíduos, se enlazan íntimamente, pero que es tambien determinado á su vez por ellos: de suerte que constituye una comunidad libre, perfecta, y que se basta á sí misma como una obra de arte (2). De aquí que el derecho civil concerniente sólo á la propia determinacion de los indivíduos, á distincion del todo, y no á su mútua accion y reac-

(1) Sobre el Κοςμος de los Estados dorios, V. Müller, *Los dorios (die Dorier)*, 2, 5, 6.—Unger, *o. c.* p. 55, señala el pasaje de Tucídides (2, 11), en que el rey Arquidamo exclama: "lo más bello y duradero es que la pluralidad se muestre sirviendo á un cosmos"; y hace observar que "los espartanos celebraban tanto á Licurgo por haber ordenado de este modo el cosmos (Herod. 1, 65); y llamaron, por honor, á su hijo Eucosmos." (Paus., 3, 16.)

(2) V. Aristóteles, *Polit.* III, 4, 7: "ἡ δε πολις κοινωνια των ἐλευζερων;" y VII, 4, 7; "ἡ δε πολις αυταρκες."

cion con éste, no pudiese llegar en Grecia (1) á un conveniente grado de desarrollo (2).

Muy otra cosa acontece al espíritu romano, en el cual dominan el entendimiento y la voluntad. Ese espíritu, de ninguna manera divorcia el todo y las partes, pero establece en-

(1) WACHSMUTH, *Antigüedades helénicas* (*Hellenische Alterthumskunde*) t. II, p. 201, busca diversas causas para explicar el hecho de que los griegos permanecieran inferiores á los romanos en la elaboracion del Derecho; pero la razon principal (que el mismo Wachsmuth reconoce se halla en la diversidad del carácter nacional) no ha sido bien comprendida.

(2) Nada más exacto que la observacion del autor respecto á cómo predominan, en Grecia, el llamado derecho público, y en Roma el privado. Pero todavia pudo bien añadir que, así como el derecho civil de los romanos ha venido preponderando y prepondera hasta en los pueblos modernos, el derecho político de la pátria de Solon gobierna en la actualidad á todos los Estados, aun los más originales (v. gr., Inglaterra) y los más nuevos (v. gr., los Estados-Unidos de la América del Norte): cuando ménos, en los principios directores de esta esfera de su vida. En efecto, las constituciones más ó ménos recientes, las diversas organizaciones y formas por que nos regimos, descienden de Grecia en línea recta. Así, los mas renombrados políticos tributan á Solon (cuya sabiduría se ha hecho proverbial) una admiracion más que histórica: no teniéndolo por el más sábio legislador de su tiempo, sino como un tipo del cual puede y debe imitarse mucho en los presentes. Por esto, se comprende que Aristóteles sea hoy todavia la primera autoridad en materias políticas, la fuente en que se han inspirado, desde Santo Tomás y Montesquieu, hasta Röder, Bluntschli, Proudhon, Passy y Stuart-Mill. Y como la *política* de aquel filósofo, más que un libro de principios, viene á ser una exposicion histórica del sentido y de las instituciones de los pueblos helénicos, es, en realidad, el derecho positivo de esos pueblos, lo que ha influido mediante Aristóteles, que podria bien llamarse su intérprete ideal. De suerte, que, aun prescindiendo de otros caminos directos, por los cuales las formas del Estado griego se han trasmitido y perpetuado hasta nuestros dias, la accion de Aristóteles, tan importante, ha obrado en el mismo sentido.

Por más evidente que esta afirmacion sea ¡cuán diverso es el modo usual de considerar á Roma como "el pueblo jurídico por excelencia", no atribuyendo á la elaboracion jurídica de las ciudades griegas la

tre ellos una rigurosa distincion, merced al entendimiento analítico, que lo caracteriza. El primero aparece á sus ojos tan sólo como el vínculo general que dá cohesion á los individuos y acrecienta sus fuerzas. Mientras que, segun la concepcion del Estado griego, que se refleja en la doctrina de Platon y Aristóteles, se desenvuelve orgánicamente de la familia y la union de familias, en Roma aparece el Estado, desde fuera de la casa, como cosa exterior, artificialmente compuesta, hasta con auxilio de la fuerza, y en el cual la voluntad es el poder decisivo; así como la suerte del Estado siempre allí se resuelve por el cambio de las relaciones de poder entre los diferentes partidos. No abraza el espíritu

---

trascendencia que le corresponde! Obsérvese que, si nuestro derecho civil es todavia en gran parte derecho romano, más es aún lo que á Grecia debe nuestro derecho político. Los accidentes exteriores han cambiado (ménos, sin embargo, de lo que muchos creen): las convulsiones, las revoluciones, las conquistas, las emigraciones y cruzamientos entre las más diversas razas, han sacudido y renovado la sociedad; y con todo esto, el ciudadano de Lóndres, de Berlin, de Paris, de Nueva-York, tan distinto del ciudadano antiguo, cuya condicion tal vez desdeña, no sin ligereza, desde la cúspide de los progresos actuales, vive todavia el derecho de aquellas exíguas repúblicas. Y considérese que esto acontece precisamente en el órden político: es decir, donde mayor quizá parece ser la distancia entre aquella civilizacion y la presente! Pero hoy, aun en medio de la imprenta, de la locomotora y del telégrafo, podria Herodoto decirnos lo que él oyó al sacerdote de Memfis: "¡qué niños sois!" La historia apenas comenzó ayer; estamos principiando á vivir, y el progreso es mucho más lento en el fondo que en la superficie.—Cuando los revolucionarios franceses, cediendo al empuje de aquella reaccion clásica—que tan satisfecho dejaba al *Rey-Sol*, en la (al parecer) inofensiva pluma de Racine y los literatos cortesanos, y que poco despues habia de aterrar á sus descendientes,—volvieron los ojos hácia el mundo antiguo, no tuvieron que retroceder tanto como parece; sobre que esto habria sido imposible, si no se hubiesen educado en aquel espíritu y en aquellos principios. Rousseau y Montesquieu forman la más perfecta antítesis en la ciencia política del siglo XVIII; pero ambos, como Licurgo y Solon, son igualmente hijos de Grecia.—(*N. T.*)

romano al Estado, en y por sí mismo, como obra de propio y digno valor, sino segun el concepto intelectual de la *utilitas*, en el cual se tiene á la vista sin duda la generalidad, pero prevaleciendo el interés del indivíduo. La lucha de las dos clases sociales en Roma debe considerarse tambien desde el punto de vista de que los patricios (sin duda que ante todo por su propio interés) procuraban conservar la organizacion y costumbres políticas, y los plebeyos, por el contrario, convertir más y más al Estado en una institucion para su utilidad. En Grecia y Roma, tiene lugar una lucha por la posesion de los poderes públicos; pero allí, más bien en interés del poder mismo; aquí, para la satisfaccion de otros fines (liberacion de cargas, distribucion del *ager*, etcétera). Allí, la demagogia arruina la vida política; aquí, sucumbe por la completa victoria de uno de sus elementos, los plebeyos, y sólo se contiene exteriormente por el despotismo imperial, que de esto necesariamente se sigue.

En Grecia, jamás el derecho ni la ley se han divorciado por completo del espíritu ético. Así como la vida en general no se desenvuelve allí por el lado formal del Derecho, sino que alcanza un profundo contenido en la Filosofía y en el Arte, así tampoco permanece el Estado indiferente á la Religion (segun lo muestra una de las principales acusaciones contra Sócrates en su injusto proceso), concibiéndose además por otra parte el Derecho y la política, en la vida como en las doctrinas, especialmente de Platon y Aristóteles, como una rama de la Ética. Ya los antiguos legisladores motivaban sus leyes en razones éticas tambien. Por el contrario, el espíritu romano considera en el Estado únicamente una forma general, un molde que basta con que exista, siendo indiferente su contenido: contenido que deja nacer del libre movimiento, voluntad y albedrío de los ciudadanos. Si ninguna resistencia opone á recibir los dioses extranjeros en su seno,

convirtiendo al Estado en una especie de *pandemonium*, tampoco se aisló, ni rechazó el derecho de los demás pueblos; antes bien, reformó por él el suyo, recibiendo en sí el *jus gentium* y llegando á hacer del Estado un Estado internacional.

Tal concepcion de este y de la vida debia producir necesariamente en Roma el desarrollo preponderante del derecho *privado.* Los individuos, que se reconocian en su independencia y su derecho frente á frente de la comunidad política, debian aspirar lógicamente á obtener formas jurídicas correspondientes, que asegurasen y expresasen esta independencia. Semejantes formas no fueron, sin embargo, otra cosa que moldes, que habia de llenar la voluntad sustantiva y mudable, conforme á la idea individual de las relaciones determinada por su interés: de suerte que, en el derecho romano, prepondera tambien el elemento del simple derecho como facultad (1), sin consideracion, ni á las relaciones generales, ni aun á la reciprocidad de los servicios (2). Concibiéronse estas formas jurídicas en sí mismas, prescindiendo casi enteramente de su contenido posible; y el Derecho, que siempre es cosa relativa (3), se tomó como enteramente sustantivo y absoluto en sí propio, por no haber llegado á conocer el espíritu romano el principio ético como el verdaderamente absoluto; y, parte, á causa del incremento

(1) "*Das Moment der blosse Berechtigung*," dice el texto; "*momento della riabilitazione della personalità*," traduce la version italiana. Pero el sentido es el de la mera facultad ó autorizacion del sujeto (entre nosotros, ha solido llamarse "derecho en sentido subjetivo"), que es el concepto de la *facultas agendi:* ya CICERON definia en este respecto el Derecho *potestas vivendi ut velis.*—(*N. T.*)

(2) STAHL ha hecho resaltar esta idea romana: *o. c.*, t. II, p. 393.

(3) Sobre la impropiedad de esta frase, impropiedad nacida de la vaguedad con que el autor concibe el Derecho, ya se ha llamado la atencion en el t. I, p. 26 nota (1).—(*N. T.*)

de la vida y el tráfico, parte, por el aguijon del egoismo, tan desenvuelto bajo el Imperio, lo convirtió su sagacidad en esclavo de los intereses subjetivos. Merced á esta tendencia hácia lo puramente exterior y hácia el derecho formal, se desenvolvió la vida romana tan vacía de todo moral contenido, que cayó mucho más que la griega en una corrupcion universalmente destructora.

Grecia y Roma han hecho resaltar como esfera y principio independiente en la vida humana la importancia del Estado y del Derecho; probando, sin embargo, ambos pueblos, históricamente, que no es lícito tomar motivo é impulso para la vida, de ella misma, si no ha de perecer en su limitacion; y que se necesita un principio trascendente, infinito, divino, como el que trajo el Cristianismo, para que pueda asegurar su verdadero vuelo, su interior firmeza y su progreso incesante.

CAPÍTULO PRIMERO.

LOS GRIEGOS Y SU CONCEPCION JURÍDICA Y POLÍTICA (1).

La poblacion de Grecia (2), prescindiendo de sus ideas de auctoctonia, es verosímil que proceda, en su mayor parte, del Norte, aunque en parte tambien del Occidente sobre el mar (3), y parece originariamente dividida en muchas tríbus,

(1) Además de las obras consagradas principalmente á la historia, véanse: VAN LINBURG-BROUWER; *Histoire de la civilisation mor. et rélig. des Grecs*, Gron., 1833; WACHSMUTH, *Hist. de la civil.*, t. I; y para la historia especial jurídica y política: MAIER y SCHÖMANN, *El procedimiento ático (Der attische Procesz)*, obra premiada en 1824; GANS, *Der. de suc.*, 1824; PLATNER, *Der. ático (Att. Recht)*, 1820; BOEKH, *Administracion política de los atenienses (Staatshaushalt der Athener)*, 2.ª ed. 1851; WACHSMUTH, *Antigüedades helén. (Hellenische Alterthumskunde, aus dem Gesichtspunkte des Staates)*, 1829, 2.ª ed. 1846: HERMANN, *Tratado de antigüedades políticas de Grecia (Lehrbuch der griechischen Staatsalterthümer)*, 3.ª ed. 1841; LAURENT, *Histoire du Droit des gens*, Gante, 1850 *(a)*; LERMINIER, *Hist. de la législation de la Grèce antique*, Paris, 1853.

(2) Pueden verse, además, las obras citadas de Pastoret, Sumner Maine y Fustel de Coulanges, el segundo tomo de la de Pepere, el *Ensayo sobre el Derecho público y privado de la república ateniense*, de Jorge Perrot; las *Leyes áticas* de Petit; el estudio de M. Jannet, titulado: *Las instituciones sociales y el derecho civil de Esparta*; y á las generales citadas por el autor, debe añadirse la famosa *Historia de Grecia*, de Grote.—(A.)

(3) Sobre las relaciones entre Grecia y Oriente, segun observa acertadamente HERMANN *(o. c.* I, p. 13), deben distinguirse esencialmente dos cuestiones: 1.ª La relativa al orígen oriental de las tríbus griegas inmigrantes, orígen establecido ya de una manera incontrovertible por la filología comparada; 2.ª La que concierne al influjo de otras inmigraciones posteriores (que tampoco pueden ponerse completamente en duda) de egipcios (Danao, 1600? Cécrope, de Sais, 1582), de fenicios (Cadmo, 1500), de frigios (Pélope, 1300?)

(*a*) V. la sub-nota (*a*) de la pág. 255, t. I.—(*N. T.*)

cuya interior organizacion en linages, fratrias y tríbus (1), puede referirse á la gradual formacion de una comunidad (2).

Por respecto á los antiguos tiempos, al ménos hasta la guerra de Troya, no existe certeza cronológica alguna. Es seguro, con todo, que tuvo lugar una inmigracion del Norte, que duró largo tiempo, merced al contínuo empuje, choque, y en parte, lucha de las razas entre sí. La mas fecunda emigracion fué la de los *dórios*, aliados con los etolios hácia el año 1100, y que especialmente fundaron los Estados de Argos, Esparta y Mesenia; mientras que, por el contrario, los aqueos, empujados por los laconios, se establecieron en la costa setentrional del Peloponeso, del cual vinieron los *jónios* al Atica: con lo cual comienza la fundacion de ciudades coloniales en las islas ó en las costas bárbaras del mar Negro (Sinope, Trapezo, ó Trebisonda, Bizancio), hasta la Galia meridional (Massalia) (3) y la costa occidental de España: empresa ésta llevada á cabo con grande actividad y feliz tacto.

Antes, sin embargo, de que en Grecia pudiera llegarse á un órden de cosas medianamente organizado, parece haber existido una época de luchas selváticas, que trajo consigo, como es frecuente, grandes males, bandolerismo y muchas plagas de que Minos, Heracles (Hércules) y Teseo se representan como salvadores.

La primera ocasion para un contacto pacífico y amistoso entre ciudades vecinas, la dieron las solemnes fiestas religiosas en algunas de ellas, que, no sólo ofrecian juegos públicos, sino tambien seguridad para el comercio y los via-

(1) φιλα, estirpes, tríbus, equivalente en cierto modo á la *gens* romana.—(*N. T.*)

(2) Sobre esto, dá HERMANN una buena ampliacion (*o. c.* t. I, página 14).

(3) Luego, Marsella.—(*N. T.*)

jes (1). Entre estas fiestas, algunas, como especialmente los juegos olímpicos, pitios, nemesios, ístmicos, llegaron á constituir grandes solemnidades nacionales para toda Grecia; y en ellas tienen su orígen, asimismo, los Anfictiones, que no han de considerarse como corporaciones formadas para la proteccion y alianza ofensiva y defensiva interior y exterior, sino como asociaciones tan sólo de los pueblos próximos á un santuario (2). Entre todas estas ligas, sobresalió en primer término la de Apolo Pítio, que comenzó en tiempos prehistóricos, y de la que formaron proporcionalmente parte doce pueblos, más tarde muy desiguales en poder. El respeto á estas federaciones creció, especialmente despues de la emigracion de los dórios, con el que fué obteniendo el oráculo de Delfos, que posteriormente tan grande influjo ejerció en muchos órdenes; pero sin que por esto deba reputárselas como una especie de autoridad superior política, comun para toda Grecia (3).

Merced á su tendencia individualista, jamás llegó aquella, en efecto, á conseguir unidad política: por donde tampoco es posible una historia comun de su derecho y su Estado (4).

Resultan, en verdad, de la unidad étnica ciertos rasgos fundamentales, que se diferencian luego, sin embargo, segun las diversas razas. Aun el carácter de éstas, de los dórios, jonios, eolios, etc., no se muestra igualmente en los Estados que á ellas corresponden. La tenacidad dória, el espíritu

(1) HERMANN, *o. c.* p. 31.

(2) HERMANN, p. 37.

(3) Contra las opiniones, en parte, opuestas, véase HERMANN, *o. c.* p. 38.

(4) Aun el nombre comun de los helenos ha nacido despues, probablemente por extension del de una tríbu que se distinguiría entre todas, las cuales, segun generalmente se supone—aunque de ninguna manera, con fundamento bastante—, deben haber llevado en los primeros tiempos el nombre de pelasgos.

conservador en las costumbres, la austeridad, circunspeccion y disciplina, en nada convienen á los Estados dórios de Corinto, Corcira (Corfú), Tarento y Siracusa; la movilidad jónia, la vida alegre, el amor á la novedad, la universalidad de la cultura y la ligereza de costumbres tampoco convienen, ni á la antigua Atenas, ni á Massalia.

Si consideramos ahora la vida *política* (1) de los helenos, notamos que en su desenvolvimiento y modificaciones ofrece igual importancia que el desarrollo del derecho civil en Roma. En efecto, esa vida (prescindiendo en ciertos sentidos de Esparta), al modo como la Filosofía griega presenta todas las fases capitales de la especulacion, recorre el ciclo de todas las formas principales de constitucion y gobierno, á excepcion de la representativa, desconocida á la antigüedad en general (2). La monarquía, la aristocracia, la democracia, se manifiestan en sus diversas especies, buenas y malas, y así como constituyeron para Aristóteles objeto de profunda meditacion, serán siempre instructivas para la Ética y la Política.

(1) Sobre la organizacion y la vida política de Grecia, pueden verse: BUNSEN, *De jure atheniensium haereditario ex Isaeo, ceterisque oratoribus graecis ducto*, Gotinga, 1812; SCHÖMANN, *Antiquitates juris publici Graeci*, Gripswald, 1838.—(*N. T.*)

(2) En realidad, no hay ni puede haber Estado que no sea representativo: 1.°, porque toda personalidad social funciona mediante sus miembros (representacion general, ó de primer grado); 2.°, porque ninguna, por rudimentaria que sea, carece jamás de órganos especiales, diferenciados en su seno (magistrados) y encargados, ya de una, ya de todas las funciones públicas, segun los casos (representacion de segundo grado, especial ó refleja). Cierto que *aquellas* formas representativas que son propias de nuestro tiempo, no lo fueron de Grecia; pero *sólo ellas*, que, por lo demás, no constituyen sino un desenvolvimiento de las formas clásicas.—AHRENS, en este punto, y á pesar de lo que él mismo dice, rinde tributo á la preocupacion comun, ante la cual media inmensa distancia entre Grecia y nosotros, en la esfera política.—V. la nota (2) de la pág. 8.—(*N. T.*)

Estudiemos, ante todo, los tiempos primitivos, tales como se les puede conocer en ciertos rasgos generales, por las tradiciones y representaciones poéticas. Existia en ellos la llamada (1) monarquía heróica (2) de jefes hereditarios, que más

(1) Despues del período ciclópico, encontramos en la historia de Grecia otro llamado *heróico*, á cuyo derecho ha consagrado todo un capítulo Pepere en su obra. Caracterízase este por el sentimiento del heroismo, que exalta la fuerza humana, á la que considera como manifestacion de la divina en la tierra, y por la antinomia entre un hado inflexible que todo lo domina, y la libertad y personalidad del héroe. En medio de la mezcla de dos elementos difíciles de discernir, el real y el poético, encontramos en aquella sociedad sacerdotes, cuyo poder era limitado sin constituir nunca una casta, guerreros, trabajadores, esto es, artesanos, agricultores y marineros, y esclavos; una propiedad hereditaria, que era de la familia, la inmueble que adquirian los héroes por la ocupacion bélica ó la piratería, y la mueble que se procuraban por posesion, aunque subordinadamente á aquella, las clases inferiores; un concepto del matrimonio muy vario, segun que lo inspira la fantasía ó el sentido y la pasion, y así, al lado de la monogamia cuyo espíritu se revela en frases como estas: "la paz por qué suspira el corazon," "gobiernan la propia casa marido y mujer con un alma sola," "un solo querer en dos," y en la creencia de que Himeneo llevaba con pié alado al cielo á la esposa en el acto de serlo, encontramos que los héroes convierten en concubinas á las prisioneras y que, al modo que en tantos otros pueblos, el rapto es un medio de constituir el matrimonio, cuyo fin tambien aquí es el reavivar en la tierra el alma de sus padres y el atender á los sacrificios funerarios; la pena tiene algo de divino, en cuanto nadie se sustrae al castigo del cielo, y responde al principio del talion y al de venganza, propios de tiempos primitivos y guerreros; los héroes vengan las ofensas individuales y las hechas á la pátria, apelando con frecuencia al duelo; y por último, la sociedad aparece organizada en estirpes, fratrías y tríbus, que se han ido formando sobre la familia patriarcal, constituyéndose una república aristocrática, al frente de la cual hay un jefe ó rey, cuyo poder está limitado por el Senado de los héroes.

Hay que tener presente, para estimar debidamente este período, la índole de las fuentes en que se estudia, pues que siendo estas las tradiciones, y los cantos populares y poemas en que aquellas se consignan, recaen principalmente sobre un aspecto de la vida, el guerrero, muy importante entonces, pero no el único.—(A.)

(2) V. WACHSMUTH, *Hist. de la civ.*, I, p. 178.

tarde recibieron el nombre de reyes, y que muchas veces reunian el carácter sacerdotal, aunque tambien en algunas partes existió un sacerdocio, que jamás llegó á formar casta. El rey era juez en la paz y capitan en la guerra. A su lado, existia un Consejo (βουλη) de nobles, y á veces no es sino el primero entre éstos, sus iguales. Al propio tiempo, habia tambien asambleas públicas (αγοραι), que en realidad solo tenian voto consultivo, pero no decisivo (1). El carácter hereditario de los príncipes, que tenia su fundamento en el valor, cuya trasmision natural se supone, en la riqueza y en la propiedad territorial, se manifiesta tambien en el sacerdocio, allí donde llegó á formar cuerpo separado, así como en los restantes cargos y profesiones (2). Pero de ningun modo hay que pensar en castas, como á veces se ha creido. Dicha herencia no era siquiera un principio, sino que radicaba generalmente en la tradicion de las costumbres y las relaciones sociales.

Despues de los cambios que produjeron una gran conmocion en las antiguas costumbres, siguió todavia existiendo la monarquía; pero, casi en todas partes, cada vez declinando más. Sobrevinieron otras circunstancias: el número de esclavos que desde un principio existia, pero que entonces era corto, fué aumentando considerablemente con la sumision de los antiguos habitantes de los territorios conquistados por las armas. A esta clase, se abandonaron las artes comunes que procuran por las necesidades de la vida; mientras que el ciudadano vivia sólo para el Estado y para las ocupaciones propias de un hombre libre. En esta situacion, habia ya un gérmen aristocrático. Pero entre estos ciudadanos libres, organizados en tribus (las cuales eran tres en los dórios y cuatro en los jónios), esto es, en divisiones ordenadas segun el parentesco, subsistió desde el principio, y probablemente

(1) HERMANN, *o. c.*, I, §. 55.
(2) HERMANN, §. 6.

en todas las tríbus, una nobleza (1) de sangre (Eupatridas, ευγενεις) que, fundada sobre el valor y sobre la gran propiedad territorial, confirmó su poder en las nuevas comarcas adquiridas, aprovechando las circunstancias para fundar pronto una aristocracia. Fueron, las más de estas circunstancias, abusos del poder real contra las costumbres tradicionales, grandes atentados cometidos por sus familias y guerras de sucesion, en que apelaban á la clase noble, renunciando una parte de sus derechos. La sucesion, ya se comprende que no se aseguraria con esto; el rey se hizo responsable; las más veces tuvo que resignarse á la institucion de un magistrado supremo de la aristocracia; y aun el nombre de rey se trueca con no poca frecuencia por el de un arconte ó un pritano (2). Así se desenvolvió la antigua aristocracia, esto es, una verdadera oligarquía de varias familias, favorecidas por el nacimiento, pero que se apoyaban sobre la preponderancia de la inteligencia política y de la fortuna, adquiridas ya al amparo de su anterior y elevada posicion. El Consejo y los magistrados se constituyeron ahora de la aristocracia, por turno ó por eleccion, y ella les vigilaba y pedia cuentas (ευθυνη.) La Asamblea popular, á lo sumo, tenia el derecho de votar *sí* ó *no* sobre las propuestas motivadas. La administracion de justicia se hallaba tambien en manos de la aristocracia.

Llegó esta aristocracia, en ocasiones, á una cierta permanencia; pero, aun allí donde el pueblo no fué oprimido por ella, se manifestó bien pronto una intranquilidad, un anhelo de cambio. Diversas razones y circunstancias condujeron á la *democracia antigua*. El progreso de los griegos, libres en la conciencia de su derecho, aunque descansando en la base de la esclavitud, doquiera existente; el aumento de la prosperidad, sobre todo en las ciudades marítimas; las guerras

(1) Hermann, I, §. 98.
(2) Hermann, I, §. 56.

que desgarraban á la nobleza, y que le obligaron con frecuencia á comprar por medio de concesiones el auxilio del pueblo; las discordias de las oligarquías; la opresion de las clases inferiores: todas estas circunstancias juntas, llevaron á la antigua democracia, que sin embargo descansaba todavia poco en principios, contentándose usualmente el pueblo con la satisfaccion de sus más inmediatas reclamaciones: la remision de deudas, el reparto de tierras, la comunion conyugal y la igualdad ante la ley, y teniendo en su inexperiencia que confiarse para los asuntos del Estado á jefes populares. Pero, como toda la historia de la antigüedad muestra que, de jefe popular á tirano, sólo hay un paso, se erigieron casi siempre aquellos en tiranos; de suerte que, á causa de la universalidad y simultaneidad de este fenómeno, puede llamarse con razon á los siglos VII y VI el período de la *antigua tiranía*. Fué ésta, al principio, bien recibida del pueblo, por cuanto su opresion se dirigió entonces contra los nobles y los ricos; pero su poder tuvo corta duracion. Los oligarcas caidos procuraron por su parte ganarse al pueblo; se aliaron con ambiciosas ciudades vecinas y con otras aristocracias extranjeras; el pueblo mismo creció en cultura, y así se produjo la caida de la tiranía, aunque, principalmente, merced á la aristocracia. A esto siguió, segun las circunstancias y las condiciones exteriores é interiores, ya el renacimiento de la oligarquía, ya de la democracia: esta última, sin embargo, fué la preponderante.

La *nueva democracia* se estableció entonces más por principios. Su idea fundamental fué: la igualdad del derecho de todos los miembros del Estado para participar con voto decisivo en las diversas funciones esenciales del poder político, ejercidas por la comunidad, ó en su nombre; con la libertad de la palabra y la igualdad de todos ante la ley y la existencia personal indisolublemente enlazada á la políti-

ca. Pero la igualdad podia tomarse, y así aconteció, en dos sentidos: ó como proporcionalidad más bien cualitativa de todos los derechos y deberes, lo cual no excluia de la democracia un cierto elemento aristocrático (1), y sobre lo cual descansaba la primera democracia templada (la πολιτεια, la verdadera comunidad ó sér comun de Aristóteles); ó como igualdad cuantitativa y numérica, que intentó borrar, aun por medio del ostracismo, toda preponderancia debida al talento, al mérito ó á la fortuna, bajo la pesadumbre de la masa de indivíduos. En esta segunda democracia, no dominó la verdadera igualdad; sino la fuerza de la mayoría sobre la minoría, de la parte más pobre y numerosa sobre la más rica.

Así se manifestaron bien pronto tantas pasiones subalternas: la envidia y los celos contra toda superioridad, la versatilidad y el capricho, la codicia del egoismo más vergonzoso, junto con la mayor ligereza para satisfacerlo y con la mayor incapacidad del pueblo para gobernarse á sí propio, son hechos que hicieron nacer á demagogos y sicofantas, contra los cuales, por su parte, se organizó en clubs y asociaciones la aristocracia, igualmente degenerada, que sólo mostró profundo ódio al *demos* por un interés de clase, y que allí, donde pudo, se encendió en la más ciega pasion. Las discordias intestinas que de aquí se siguieron, las intrigas de los partidos, la declinacion del amor á la pátria y del respeto al derecho y las costumbres, la ordenacion de éste segun el capricho de las pasiones y los medios de satisfacerlas, engendraron una desmoralizacion general que trajo consigo en los más de los Estados el restablecimiento de la tiranía (pues doquiera que se extingue la disciplina interna, vienen á sustituirla el freno y la coaccion exterior), desde el año 400 a. de C. hasta que perdió Grecia su independencia

(1) Isócrates, *Panath.* §. 153: δημοκρατιαν ἀριστοκρατιᾳ μεμιγμενην.

con Filipo de Macedonia, no volviendo á recuperarla al disolverse la monarquía de Alejandro el Grande, y siendo al fin declarada provincia romana (146 a. de C.) con el nombre de Acaya (1).

Si consideramos ahora las *legislaciones* de Grecia, prescindiendo de la legendaria de *Minos* para el estado dórico de Creta (quizá mezclado con elementos egipcios), así como de las ulteriores, pero ménos conocidas, de *Zaleuco* y *Carondas* (2) (ambos hácia mitad del siglo VII a. de C.), el primero

(1) Así en Atenas como en Esparta tiene lugar esta sucesiva sucesion de la monarquía por la aristocracia y de ésta por la democracia. En Esparta el absolutismo de los primeros reyes dórios produce las agitaciones y las guerras entre ellos y la aristocracia, que terminan por el momento con la reforma de Licurgo, favorable á aquella en cuanto limitó el poder real que más tarde quedó casi anulado con la creacion de los *éforos*, resultando una organizacion cuyas formas eran republicanas, pero cuyo fondo era despótico, pues que el que hubiera una asamblea del pueblo compuesta de los ciudadanos, esto es, de los ménos, de poco servia á las clases inferiores sometidas al poder tiránico de la aristocracia durante cinco siglos. Por esto comienzan las insurrecciones de aquellas que se unen á reyes, como Agis y Cleomenes, para alcanzar el derecho de ciudadanía y una participacion en la propiedad, movimiento que, despues de originar la instauracion de la oligarquía, derriba á ésta y termina con Nabis, el jefe de los pobres contra los ricos, que dá el derecho de ciudad á todos los hombres libres, eleva á los laconios y hasta liberta á los ilotas.

En Atenas, los *eupátridas*, jefes de las familias confederadas, limitan el poder real, al cual hacen decenal y luego anual; gobiernan durante cuatro siglos, y las quejas de las clases inferiores dá lugar á la trascendental reforma social y política de Solon, favorable á las clases inferiores, que continúan Pisistrato y Clistenés.—(A.)

(2) Estas tres legislaciones merecen no ser pasadas en silencio.

En el preámbulo de la de *Zaleuco*, tan alabada por los antiguos, se excita á los ciudadanos á elevarse de la contemplacion del cielo y del universo y de la disposicion bella y ordenada de las cosas á la existencia de los dioses; se dice que éstos no se complacen con los sacrificios de los malvados ni con los costosos sacrificios sagrados, y sí con los propósitos honrados y con las acciones rectas y justas; que todos deben procurar ser buenos en pensamientos y en obras, esti-

para los locrios, el segundo para Catania y otras ciudades de

---

mando que vale más perder la riqueza que merecer el deshonor que sigue á la maldad; se pinta con vivos colores el tormento que siente en la hora de la muerte el malvado; se consideran la humildad y la justicia derivadas é identificadas con la divinidad, y como ella eternas; se proclama la inmortalidad y la sancion en otra vida, y se divinizan el respeto y el amor á la pátria, á las leyes y á los magistrados. Se distinguen en la ley los ciudadanos, los extranjeros y los esclavos, reconociéndose la igualdad de los primeros en el precepto que luego se formuló: *legibus omnes parento*; se reparten por igual los bienes, y se declara el patrimonio inalienable, salvo el caso de extrema necesidad; se previene la monogamia, mostrándose el matrimonio en íntima relacion con los sacrificios funerarios, y se tiene en mucho á la mujer, de la que se derivaba una nobleza; se prohibia hacer constar el préstamo con interés en escritura, segun unos, para facilitarlo, y segun otros, para dejarlo pendiente tan sólo de la buena fé; se castigaban los delitos y las malas costumbres; con la amonestacion, primero, y con la multa, caso de reincidencia; la calumnia á la pátria ó á los ciudadanos; con la muerte, al que bebia vino sin órden del médico; con la pérdida de los ojos al adúltero, y en otros casos se aplicaba el talion; se recomienda al juez que no deje que las pasiones dominen su espíritu; y por último, su organizacion política, que era aristocrática, la constituia el Senado, la Asamblea popular y los magistrados encargados del poder ejecutivo. Es de notar, que á fin de armonizar la tendencia progresiva con la conservadora, se castigaba al que proponia una reforma que era rechazada, tocando á la Asamblea la formacion de leyes nuevas y al Senado la derogacion de las existentes.

La legislacion de *Carondas*, discípulo de Pitágoras, es aún más notable. En su proemio se afirma la comunidad del hombre justo con Dios, el aislamiento de los delincuentes, la union con los buenos y la excelencia de la verdad; se condena la torpeza en el hablar; se dice que debe procurarse más ser hombre de bien que sábio; se recomienda la limosna al pobre que lo es por desgracia, no por holgazanería; se declara que es más honrado morir por la pátria que desertar, y que «ciertamente es más bello morir que vivir con vergüenza y vituperio»; se impone la obediencia á la ley, aunque sea injusta; y, por último, se dice que la verdad, la honestidad, la moralidad y la justicia, son los cuatro anillos que unen al hombre con la divinidad. La ley previene la enseñanza obligatoria y gratuita; la propiedad reviste un carácter eminentemente social, censurándose la excesiva estimacion de la riqueza é imponiendo el deber de socorrer al pobre; muestra un elevadísimo concepto del matrimonio en máximas como estas: «ame cada

Sicilia y de la Magna Grecia, las que debemos indicar son

---

cual á su legítima mujer", "no conviertas cosa tan preciosa dada por la Naturaleza y regulada por la ley, (el poder generador) en torpe é inícuo goce; para engendrar y no para satisfacer la liviandad, te ha sido dado por aquella," "sea casta la mujer y no ame á otro;" se establece la monogamia y se autoriza á todos para escarnecer al adúltero; se vitupera como infame al que lleva la discordia al hogar dando madrastra á sus hijos; se prohibe contraer nuevo matrimonio con quien fuera más jóven que el esposo repudiado; se establecia el matrimonio επικληρος, en virtud del cual el pariente más próximo estaba obligado á contraer matrimonio con la doncella heredera, para conservar la γενος, base de la sociedad; era la agnacion base de la organizacion política y la cognacion base de la sucesion en el patrimonio; y se conferia la educacion del menor á los cognados y la administracion de sus bienes á los agnados. Es notable el derecho penal, no sólo por la série y gradacion de los delitos y por tomarse en cuenta la intencion y el propósito, sino por el recto sentido de la pena que revelan estas palabras: "el acusado que mire mal al acusador, merece el ódio universal y sufrirá la pena que alcanza al ingrato, porque esto es volver mal á aquel por cuyo medio nos libramos del crímen, al modo que por obra del médico nos libramos de una enfermedad mortal". Por último, la organizacion política descansaba en el Senado y en la Asamblea, residiendo el poder judicial en todo el pueblo; y en cuanto á las relaciones internacionales, son notables estas palabras en que se ensalza la hospitalidad: "el númen adorado en una comun religion por todos los pueblos, se alegra de que se observe el deber de la hospitalidad y se venga de los que lo conculcan."

La legislacion de *Minos*, tipo, como dice Pepere, de un hombre divinizado y de una divinidad humanizada, es como la transicion del período heróico al humano y la precursora de la de Esparta, siendo sus rasgos característicos el carácter guerrero y el amor á la pátria, á que llamaban los cretenses μετρις, *matria*. Al lado del principio de unidad y de igualdad que revelan la educacion y vida en comun, siendo elementos de aquella la poesía, la música y la gimnástica, tenian, no castas, pero sí clases, aunque Pastoret lo niega; sacerdotes, guerreros, agricultores y esclavos, cuya condicion no era tan dura como en otros pueblos. La propiedad tenia una organizacion social, como lo muestra la institucion de los banquetes públicos, que se celebraban con lo que sobraba despues de atender al culto de los dioses y á las necesidades del Estado, no conociéndose, segun algunos, la propiedad privada, y habiendo nacido ésta, segun otros, cuando se relajó la primitiva organizacion. El concepto materialista de la mujer y del matri-

las de *Licurgo* y *Solón* (1).

Licurgo (2) (entre los años 1000 y 850), aunque tomó prestado mucho de Creta, dória tambien, aspiró, sin embargo, á restablecer las costumbres primeras, perdidas en las luchas internas y exteriores, y asegurar su perpétuo imperio, prohibiendo expresamente la redaccion de leyes jurídicas estrictas. Su principio fundamental fué la más íntima union del ciudadano con el órden político, que debia ser igualmente para todas las personas el determinante supremo, á la manera de un mecanismo. Conforme á este principio, se organizaron todas las condiciones: la igual reparticion de la propiedad territorial entera en un número de lotes indivisibles

monio y la subordinacion de éste al interés del Estado, dió lugar á que se consintiera el amor entre personas de un mismo sexo y el rapto de los jóvenes, se diera á aquella una educacion varonil, y se autorizara el apartamiento de los esposos para prevenir los efectos de la excesiva fecundidad. Así como Minos es legislador de su pueblo y juez del infierno, su hermano Radamanto, fundador del talion, ejerce el poder judicial é inspecciona todos los tribunales establecidos en las ciudades, los cuales juzgan con arreglo á un procedimiento breve y sencillo, basado en el juramento, y en que está proscrita la elocuencia por lo mismo que lo están los retóricos. En cuanto á la organizacion política, á la monarquía divino-heróica de Minos, sucede la república, con la Asamblea popular, que tiene el *veto* respecto de las decisiones del Senado y de los κοσμι ó magistrados supremos; se reconoce el derecho de insurreccion, como límite al poder de éstos, y como no se determinaban los casos en que era lícito el ejercitarlo, Aristóteles decia que en Creta no habia más que una sombra de constitucion. Polibio considera á ésta como democrática por el *veto* y el derecho de insurreccion; para Plutarco y Aristóteles es aristocrática por el poder de los κοσμι y su orígen privilegiado, y lo propio hace Pepere, el cual observa que la aristocracia participaba del poder de la Asamblea. Las ciudades de Creta se constituyen independientemente, pero forman una federacion, cuyas bases de unidad eran la analogía de la constitucion, la comunidad religiosa y el tribunal federal, reconociéndose la ισοπολιτία, en virtud de la cual el miembro de cada ciudad gozaba en las demás de todos los derechos civiles y políticos.—(A.)

(1) HERMANN, *o. c.* I, §. 88.

(2) HERMANN, §§. 23-30.

é inalienables (9000, despues de la conquista de Mesenia, mientras que los Periecos poseian 30.000 mas pequeños); una especie de comunidad, aun respecto de los bienes muebles, por ser lícito á todos, en caso de necesidad, servirse de los utensilios y animales domésticos de los demás, como de los suyos propios; educacion comun para el Estado, emprendida en los jóvenes desde los siete años; comidas públicas; organizacion de una vida de campamento, mediante la cual se hallaba el Estado dispuesto para la guerra merced á una buena constitucion militar; en el interior, la atribucion del supremo poder al consejo de los ancianos (γερουςια), autoridad independiente é intermedia entre los reyes, que la presidian y representaban ante la comunidad; en lo exterior, el mayor aislamiento posible de un Estado tan singularmente organizado, merced á la prohibicion de tratar y comerciar con otros; todo ello descansando materialmente sobre los hombros de los maltratados ilotas, á quienes estaba abandonado el cultivo de las tierras de los espartanos, y dirigido, en cuanto á lo intelectual y moral, al menosprecio y supresion de todas las profesiones nobles, de las ciencias y artes y de la verdadera moralidad. La obra, sin embargo, duró cuatro siglos; pero tenia necesariamente que perecer por la desproporcion entre el interior y la extension de poder exterior, y por el egoismo y codicia crecientes.

Solon (594), de Atenas (1) (donde Dracon (624) con sus severas leyes (2) habia intentado fortalecer la dominacion de los Eupátridas, pero donde el pueblo se hallaba gravemente oprimido, en especial por la dura aplicacion de las leyes sobre

(1) Hermann, I, §§. 106-112.

(2) Dracon, eupátrida, con todas las preocupaciones de su casta, escribió, dice Fustel de Coulanges, sin cambiar nada, las antiguas leyes, y si parecieron crueles, fué porque estaban dictadas por una religion implacable. El robo, por ejemplo, se castigaba con la muerte, porque era un ataque á la religion de la propiedad.—(A.)

créditos, que permitian la esclavitud por deudas), se propuso el fin de concertar y ordenar los intereses de la aristocracia con una democracia templada. Su principio fundamental fué el derecho del libre ciudadano y el honor que en él se funda (τιμη). Condicion necesaria para esto, era, por una parte, la importante ley de que en ningun caso se pudiera prender á la persona desde entonces por sus deudas, sino perseguir la fortuna tan sólo; por otra, la supresion de cargas (σεισαχθεια), exigida por la situacion del pueblo, y que no consistió ciertamente en anular los contratos de préstamo, sino en una remision de intereses tan sólo, y una disminucion del patron monetario, aunque segun parece, incluia la devolucion en libre propiedad al labrador, de la heredad hipotecada; además de la restitucion á su condicion primera de todos los que se hallaban en esclavitud por deudas. Aun á los artesanos (los metecos), se les garantizó, á causa de su industria, y á los esclavos por sentimiento humanitario, la proteccion contra el orgullo y la violencia. Como motivo eficaz para llenar los deberes de ciudadanía, mandó Solon que la pérdida de los derechos de ésta (la *atimia)* fuese la consecuencia de su falta de cumplimiento.

Tambien en la organizacion formal de la constitucion *política* quiso combinar la aristocracia y la democracia. Mantuvo la organizacion del pueblo en 4 tríbus (φιλα) y 170 demos, pero dividiéndolo política y militarmente en cuatro clases, segun la diversidad de fortuna; estableciendo, como primera, la de los pentacosiomedimnos, ó que tenian 500 medimnos (1) de renta; como segunda, la de los caballeros (ἱππεις) que tenian 300; como tercera, los ζευγιται, que tenian 200; y en la cuarta los θητες, ó sean todos los que tenian ménos, por lo cual se hallaban libres del servicio de las armas. De la pri-

(1) Medida ática de capacidad, equivalente á unos 52 litros.—(*N. T.)*

mera clase, únicamente, podian elegirse los arcontas, y los arcontas antiguos entraban en el Areópago. Las demás dignidades del Estado eran accesibles á las otras dos clases; la última sólo tomaba parte en las asambleas populares. A estas (εκκλησια) se atribuyeron importantes derechos, como la eleccion de autoridades, la votacion de los proyectos de ley, la discusion acerca de la paz, de las alianzas, y aun de los asuntos religiosos. De las tres primeras clases, se elegian anualmente 400 mayores de 30 años (100 de cada una de las cuatro tríbus), que componian el Consejo de los 400 (βουλη), el cual preparaba todos los proyectos é informes para la Asamblea. El Arcontado subsistió, encargándosele especialmente, además, de instruir los asuntos judiciales y presidir los tribunales populares. La esfera de accion del Areópago, mantenido desde los antiguos tiempos, se ensanchó, recibiendo, juntamente con sus primitivas funciones de servir de tribunal superior para los asuntos criminales, la inspeccion de la administracion pública, del procedimiento de los arcontas, de la observancia de las leyes, de la conducta y costumbres de todos los ciudadanos, y en muchos casos, hasta un derecho de veto contra las resoluciones del pueblo. Una importante creacion fué la del tribunal popular de los Heliastas, compuesto de jueces jurados, designados por suerte de entre todos los ciudadanos intachables, y mediante el cual, queria Solon estimular en todos el propio juicio sobre asuntos de derecho y ley. Esta constitucion de Solon, sin embargo, no podia arraigar, quizá por su mismo carácter intermedio y por las perpétuas rivalidades entre los partidos (1). Y despues que

(1) La reforma de Solon, el cual dice que escribe las mismas leyes para los grandes que para los pequeños, y no las mejores, sino las más propias de su tiempo, y á quien confian todas sus diferencias quizás por la circunstancia de ser eupátrida de nacimiento y comerciante de oficio, tiene tres partes: una social, otra civil y otra política.

La social, que consiste en la σεισαχθεια, citada más arriba por

Pisístrato, auxiliado del demos (560), se hubo apoderado por algun tiempo de la tiranía—por la cual pasó rápidamente su hijo,—fundó Clistenes (1) en 510 de nuevo la democracia, especialmente estableciendo cuatro tríbus y fortificando la bur-

el autor, es limitada por algunos á una mera disposicion sobre deudas, fundándose en Plutarco, quien dice que Solon dulcificó la legislacion sobre este punto, quitando al acreedor el derecho de esclavizar al deudor; pero Fustel de Coulanges no encontrando creible que en aquel tiempo hubiera tal movimiento de préstamos, y que éstos se hicieran á pobres que no podian hipotecar fincas sobre las que tenian un derecho tan limitado, sostiene que estos deudores eran los antiguos clientes; sus deudas, el cánon que pagaban por la tierra; la servidumbre en que caian, la vuelta á la clientela; y que la reforma de Solon debió consistir en la disminucion ó supresion del cánon y en hacer imposible la pena de la servidumbre; haciéndose así accesible el derecho de propiedad á todos los que antes sólo tenian una posesion precaria. Además, Solon quitó los *límites sagrados*, arrancando de este modo la tierra á la religion, haciéndola libre para darla al trabajo, y suprimiendo, con la autoridad del eupátrida sobre el suelo, su autoridad sobre el hombre. Por esto pudo decir Aristóteles que Solon "hizo cesar la esclavitud del pueblo."

En el órden civil, se revela claramente la transicion de la antigua legislacion á la nueva. Así, al lado de la monogamia—consecuencia de este bello pensamiento de Solon: "nuestra alma halla en sí misma no sé qué inclinacion que la mueve á amar, y así como tiene por naturaleza el sentir, el querer y el recordar, tiene del mismo modo el amar"—transige con el concubinato; suprime el derecho de primogenitura, pero transige con el principio de masculinidad; reconoce los derechos de los parientes por línea femenina, pero los pospone á los de la masculina; introduce el testamento, pero no lo autoriza cuando hay hijos; prohibe otorgarlo á la mujer, pero la faculta para recobrar la dote, etc.

En cuanto á la reforma política, todos los atenienses entraron al parecer en la Asamblea; el Senado no se compuso solo de eupátridas; los arcontas fueron elegidos fuera de la casta sacerdotal, y sustituyó las distinciones del nacimiento con las que originaba la riqueza, perdiendo así su poder los eupátridas, los cuales, y con ellos los pobres, fueron enemigos del nuevo régimen, como sucede siempre que se levanta uno sobre esa base.—(A.)

(1) Debe observarse que Clistenes pertenecia á la nobleza y fué quien instituyó el *ostracismo*.—V. WEBER, *Compendio de Hist. univ.*, trad. por SANZ DEL RIO; t. I, §. 74.—(*N. T.*)

guesía con los metecos; pero esta democracia, despues de llegar á su apogeo bajo el gobierno de Perícles, pronto se arruinó por la demagogia.

Si ahora entramos á considerar el derecho *civil*, por una parte, no se halla en él, á causa de la diversidad de Estados, la unidad que en Roma aparece; y por otra, tampoco pueden distinguirse exactamente las épocas de su desarrollo, fuera de la division de los llamados tiempos heróicos y post-heróicos, que no es bastante precisa. Cabe, sin embargo, señalar ciertos caractéres comunes, salvo en Esparta (1), atendiendo sobre todo al derecho ático, por su especial importancia y á ciertas diferencias notables en los

(1) Esparta, con sus 30.000 *ciudadanos*, que eran los dórios conquistadores, sus 120.000 *periecos*, ó cultivadores del campo, y sus desgraciados 200.000 *ilotas*; con aquella vida económica artificial, que, aspirando á la igualdad, distribuye la tierra en lotes entre las familias, declarándola inalienable, hace de uso comun la propiedad mueble, prohibe el uso de la moneda de plata y oro, para tener que autorizar más tarde la disposicion en vida y por testamento, concluyendo por acumularse la riqueza en pocas manos, como atestigua Aristóteles; con su concepto falso del matrimonio, que conduce á desnaturalizar el carácter de la mujer, á la que dá una educacion varonil, á desconocer los fueros de la autoridad paterna, á la que arranca los hijos, para que los eduque en comun el Estado, á autorizar el amor entre indivíduos del mismo sexo; con su concepto del delito, que la lleva á castigar hechos inocentes, mientras deja impunes otros verdaderamente criminales; con su procedimiento breve y escaso, que deja á veces indefenso al reo; con su organizacion política, que bajo una forma republicana esconde un fondo despótico; nos muestra el valor de las declamaciones de antiguos y modernos sobre la igualdad espartana y la sabiduría de sus instituciones, puesto que el despotismo de una clase, la desigualdad real, la *estatolátría*, llevada al último extremo, y como consecuencia de todo, aquella vida escasa y artificial, que impide el desenvolvimiento de la actividad, formando tan singular contraste con la rica en contenido de Atenas, y en medio de la cual sólo se encuentra una virtud, que puede mostrarse como ejemplo á la posteridad, el espíritu caballeresco y patriótico, son los rasgos característicos de aquella organizacion social y política.—(A.)

otros Estados. El derecho griego no ha llegado á un grado de desenvolvimiento semejante al romano, así por las razones internas que se han expuesto, como por la menor extension de las relaciones sociales, interiores y exteriores; pero tiene, con todo, interés y valor, no pudiéndose negar su tendencia hácia lo útil, y en determinadas prescripciones, una atencion preferente á los elementos morales, por la cual aventaja al derecho romano.

Debe ante todo hacerse notar la posicion general del ciudadano en el Estado griego, mediante la cual se determina tambien la relacion del derecho civil con el público de un modo diverso del que caracteriza la concepcion romana. Considerándose siempre al ciudadano como miembro del todo, y haciéndose consistir su libertad, esencialmente referida á éste, y en especial á la ley, en la igualdad de la cooperacion y de la dependencia, garantiza tambien el Estado, en la ley civil, lo que el indivíduo le debe, evitando toda trasgresion (ὕβρις) de la esfera jurídica que le pertenece, ya sean ofensas á la personalidad ajena, ya aun el abuso de sus propias fuerzas ó de su egoismo: en este último respecto, segun las leyes de Solon, porque dicho abuso, aunque á ningun derecho ajeno atenta, es ya en sí mismo desmoralizador y punible (1). Así aparece en aquellas legislaciones de reconocida bondad, una independencia del indivíduo respecto del todo, mayor que en Roma. Pero, hallándose el Estado segun la concepcion griega, amenazado en su existencia por la conducta inconveniente de sus miembros, se concibe cómo Solon pudo señalar una pena al que careciese de profesion y á todo aquel que en las disensiones públicas no se adhiriese á alguno de los partidos contrarios. Esta última relacion se expresa tambien en el concepto griego del honor

(1) Hermann, III, §§. 58-60.

(τιμη), que nada representa por sí mismo, sino como consecuencia tan sólo de la conducta jurídica, y en la pena de la atimia, esto es, de la expulsion de la comunidad política (1), impuesta á muchas trasgresiones de los deberes públicos. Las ofensas (ὕβρις) á la personalidad ajena, en las cuales, en el más ámplio sentido, se comprenden aún las de palabra, podian, segun el derecho ático, ser castigadas hasta el punto de que en los ataques de hecho estaba permitido á un tercero reclamar el castigo público. Dichas ofensas estaban prohibidas hasta con respecto á los esclavos que no perteneciesen al ofensor, por la razon de no acostumbrar así al ciudadano á este proceder (2). El suicidio se penaba tambien usualmente con la pérdida de los honores fúnebres, como acto injusto de fuerza contra nosotros mismos, al par que como una profanacion del Estado, excepcion hecha de alguna que otra legislacion.

Entrando ahora en la parte especial, debe notarse lo siguiente:

1.—La *division de las personas* en ciudadanos, periecos y metecos, extranjeros y esclavos.

A) Sólo el ciudadano tenia plena capacidad jurídica, la cual dependia de la participacion en una misma comunidad civil. Sin embargo, aun entre los ciudadanos, en los primeros tiempos, existió cierta desigualdad política y hasta civil, fundada en la oposicion de la clase noble (Eupátridas) y del demos, que existian en todas las tríbus: desigualdad que sólo concluyó posteriormente, en la época de la democracia pura.

B) Los periecos y metecos constituian una clase intermedia; pues ni eran ciudadanos, ni esclavos. Los primeros (3)

(1) Wachsmuth, III, p. 183.

(2) Hermann, III, §. 60. El coro en el *Edipo* de Sofocles expresa (873) la verdad, confirmada por toda la historia: ὕβρις φυτευει τυραννου.

(3) Hermann, III, §. 61; Wachsmuth, III, p. 181.

formaban aquella parte de los antiguos habitantes del país conquistado, que conservó su libertad personal y sus propiedades territoriales á cambio de un tributo al vencedor, segun aconteció en Esparta (á distincion de lo que ocurria con los ilotas). Los metecos (1), por el contrario, cuyo número creció mucho, especialmente en Atenas á causa de la situacion de esta ciudad, eran como vasallos ó clientes establecidos por siempre ó por mucho tiempo, ó personas recibidas en la comunidad, y que en ciertos respectos se consideraban como extranjeros, v. gr., no pudiendo adquirir propiedad territorial y teniendo que elegir á un ciudadano como patrono (ηροστατης), permitiéndoles, en cambio, el Estado, merced á un tributo moderado, ejercer las profesiones civiles.

C) Los extranjeros carecian de derecho, pero gozaban de proteccion, merced al derecho de Dios y de hospitalidad (2); posteriormente se establecen leyes ó tratados, en especial en el órden político mercantil, que aseguraban á los miembros de un Estado sus derechos ante las autoridades de otro.

D) La esclavitud, originariamente nacida por la conquista de los pueblos que habitaban el territorio, una parte de los cuales, la peor tratada, se constituyó en aquel estado (que se produjo luego tambien de otros modos), se distingue de la esclavitud de los demás pueblos por no ser lícito al señor matar al siervo, ni venderlo fuera del país. Sólo el esclavo del Estado podia tener propiedad. El emancipado no se hacia ciudadano, sino meteco.

2.—El *matrimonio* fué monógamo en todos tiempos (3),

(1) HERMANN, I, §. 15.
(2) HERMANN, III, §. 151.
(3) La bigamia de Sócrates y Eurípides es una conseja.—WACHSMUTH, III, p. 204.

pero era legalmente lícito el concubinato. Además, la abandonada educacion de las mujeres y el sentido griego condujeron á mirar con indulgencia, y aun á admitir en el trato á las cortesanas, muchas veces de gran cultura intelectual (1). En los tiempos homéricos, se realizaba el matrimonio todavia por una especie de compra; despues, mediante un contrato, á cuya celebracion concurria la sancion religiosa. En Lacedemonia subsistió, para llevar á la mujer á la casa, la forma del rapto (2). Más tarde, llegó á estar en uso, como signo de un matrimonio legítimo y garantía para dificultar el divorcio, la dote (προιξ), en la cual el marido no tenia más que el usufructo, debiendo afianzar con hipoteca (3). Los hijos habidos en matrimonio con un extranjero, tuvieron diversa consideracion segun los tiempos: últimamente, en Atenas, para gozar de todos los derechos civiles, se necesitaba que el padre y la madre los tuviesen. Cuidó en especial la ley de conservar, hasta donde fuera posible, la familia del padre en sus descendientes, y asegurar, dentro de ella, el patrimonio para la hija llamada á la herencia (ἐπικληρος—hija heredera), con la cual el más inmediato pariente varon colateral, tenia el derecho y aun el deber de casarse. Si la hija era pobre, podia obligarle á casarse ó á dotarla convenientemente (4). En la eleccion de esposa, siguió predominando la antigua preferencia por los parientes. En los tiempos heróicos, prescindiendo de la relacion entre padres é hijos, no existia impedimento alguno entre los demás grados, por inmediatos que fuesen (5); posteriormente se prohibió en Atenas el matrimonio entre los hermanos de madre. El derecho ático permitia la adopcion, aunque existiesen hijas;

(1) Hermann, III, §. 29.
(2) Hermann, §. 31.
(3) Wachsmuth, III, p. 221.
(4) Hermann, I, §. 121.
(5) Wachsmuth III, p. 157 y 170.

y aun era un deber, á falta de hijos, para conservar la familia y evitar se perdieran los *sacra* á ella referentes (1). El divorcio podia tener lugar por parte del marido y por medio de la mera devolucion ó abandono de la mujer; pero ésta, si era abandonada sin razon, podia reclamar que se le restituyera la dote ó que se le pagasen los intereses y sus alimentos. Tambien la mujer podia pedir el divorcio ante el arconta. El adulterio se castigaba (en Tenedos, con la muerte). El adúltero sorprendido infraganti podia ser muerto por el marido, conforme á las leyes áticas (2).

Las mujeres se consideraban como menores durante toda su vida, teniendo en el padre ó el marido un señor y protector juntamente (κυριος). La viuda, segun parece, podia volver á casa del que la tuvo en su potestad, ó continuar la vida doméstica con sus hijos, que en este caso, tomaban á la vez la fortuna y la tutela de su madre (3).

3.—El *poder paterno,* que nacia del matrimonio, de la adopcion y aun de la legitimacion, fué más suave que en Roma (4). Cierto, que tenia lugar la exposicion de los hijos, á la cual ninguna ley expresa se oponia, excepto en Tebas; pero la opinion pública la reprobaba. Solon permitió el derecho de vender sólo á aquellas hijas que se habian prostituido (5).

La tutela era deber de los próximos parientes, y se hallaba bajo la inspeccion de los magistrados superiores (6).

4.—La *sucesion* era intestada y testamentaria (7). La primera, respecto de la cual sólo tenemos á la vista el dere-

(1) Wachsmuth, p. 170, y Hermann, I, §. 120.
(2) Wachsmuth, p. 180.
(3) Hermann, III, §. 56.
(4) Hermann, I, §. 122 y Gans, *Der. de sucesion,* I, p. 312, etc.
(5) Hermann, III, §. 11.
(6) Wachsmuth, III, p. 173.
(7) V. especialmente sobre esto á Gans, *o. c.*, I, p. 281, etc., y Wachsmuth, III, p. 215.

cho ático, se fundaba en el parentesco de consanguinidad, que comprendia á los descendientes (γενος) y á los colaterales (συγγενεια). Entre los descendientes, los hijos de matrimonio recibian igual porcion de la herencia; pero las hijas y demás mujeres de la familia sólo podian pedir dote y alimentos; y aun allí donde á falta de varon eran llamadas á la herencia, quien la recibe propiamente por su medio, es el pariente próximo con quien tenia que casarse, adquiriendo así la sucesion para los hijos futuros (1). En la línea recta, era ilimitado el derecho de representacion, y no se necesitaba intervencion judicial alguna para la herencia. En la colateral, el grado más próximo excluia al más remoto, y en igualdad de grado, el varon á la mujer. Difícil es determinar la sucesion en la línea ascendente. El derecho de testar no se introdujo en Atenas hasta Solon (2); y aun entonces, en la suposicion de que no existiesen hijos de sangre. La adopcion y la institucion de heredero se enlazaban. Por el contrario, los legados que no se referian á bienes muebles ni perjudicaban el derecho del heredero necesario, estaban permitidos (3). La regla romana *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*, es completamente extraña al derecho griego (4). En Atenas se tenia especial cuidado de la ordenada administracion de lá herencia (5).

5.—En el derecho *real*, era especialmente la propiedad inmueble objeto inmediato de la atencion pública. La intrasmisibilidad de la propiedad territorial heredada (ya dividida, como en un principio en Esparta, por igual, ya, como en otras partes, desigualmente) era base muy importante de la cons-

(1) Hermann, III, §. 63.
(2) Hermann, §. 64.
(3) Wachsmuth, III, p. 219.
(4) Hermann, III, §. 64.
(5) Wachsmuth, III, p. 220.

titucion comunal, permitiéndose, sólo en caso de extrema necesidad, prescindir de este principio; en otros Estados, existia la prohibicion de enriquecerse más allá de una cierta medida, preceptos ambos que el ulterior desenvolvimiento de la sociedad hizo caer en el olvido (1). La posesion de buena fé de una cosa estaba protegida por Zaleuco, hasta que recayese decision judicial (2). Los límites estaban santificados por la religion. Las trasmisiones de la propiedad se hacian constar (en algunos pocos lugares en libros de registro) por el testimonio de los vecinos ó por la notificacion á la autoridad (3). Entre las servidumbres, habia una legal de especial importancia en virtud de la que el ciudadano que habia buscado agua en su heredad hasta diez toesas de profundidad, sin hallarla, podia tomarla diariamente dos veces, hasta cierta cantidad, del vecino (4). El derecho de vindicar la propiedad perdida existia en el derecho ático, particularmente con respecto á los esclavos (5). La propiedad podia tambien perderse por prescripcion, sobre lo cual habia algunos preceptos, como por confiscacion (6).

6.—El derecho de *obligaciones*, especialmente en lo concerniente á los contratos, no se desenvolvió en Grecia tanto como en Roma, porque faltaba allí el sentido formal conveniente para ello; merced á lo que sólo existian principios generales, así como tampoco se atribuia grande importancia á las fórmulas, en la persecucion de los derechos. La legislacion griega establece dichos principios generales en todos aquellos contratos que se presentan en una vida social ya medianamente desenvuelta, como son mútuo, comodato, de-

(1) Hermann, III, §. 62.
(2) Hermann, III, §. 71.
(3) Hermann, III, §. 65.
(4) Hermann, III, §. 62.
(5) Wachsmuth, III, p, 238.
(6) Wachsmuth, p. 238.

pósito, prenda, hipoteca, compra-venta, arrendamiento, alquiler, contrato de obras, sociedad, etc., así como en las obligaciones referentes á la indemnizacion por daños causados.

Ninguna forma especial se hallaba prescrita para los contratos. La estipulacion romana era desconocida. Toda convencion que no era contraria al órden é interés de la república, ni inmoral, era reconocida como válida, alcanzando tambien, segun parece, personalidad jurídica todas las sociedades y corporaciones existentes, ó que pudieran existir (1). Los medios principales de seguridad eran los documentos (en Atenas, muy en uso) y el testimonio. En los contratos escritos, se incluyen á menudo penas convencionales. Tambien se usaba la fianza, pudiendo exigirse, desde luego, la responsabilidad al fiador. En el préstamo, donde era frecuente un elevado interés, la prision personal por deudas no tenia lugar en Atenas, sino en las acciones privilegiadas del Estado y de los comerciantes. Mas aparece la forma peculiar del *Eranos* (2), individual ó socialmente empleado, esto es, una mútua proteccion, que, unida al préstamo gratuito, obligaba en ciertos casos al prestatario á la devolucion hasta donde sus fuerzas alcanzasen, dando lugar á una accion que, sin embargo, parece que sólo servia para infligir una mala nota al desagradecido, ante la opinion pública. Tambien se halla en el préstamo la forma de la venta (3), comparable, no sin exactitud, con la compra de renta perpétua en Alemania: pues que, de igual manera, la suma prestada se daba como precio de un objeto perteneciente al prestatario, el cual, sin embargo, se reservaba el usufructo de aquel, pagando intereses, así como el derecho de recuperarlo por la

(1) HERMANN, III, §. 68.
(2) HERMANN, III, §. 67.
(3) HERMANN, III, 645; WACHSMUTH, p. 232.

suma recibida (1). Los contratos de préstamo á la gruesa fueron muy frecuentes, especialmente en Atenas, habiendo tenido el derecho marítimo de la isla de Rodas (de donde los romanos tomaron su *lex Rhodia de jactu)* grande importancia para el desarrollo de esta rama.

El arrendamiento, que se ofrece como arrendamiento temporal y perpétuo, el último de los cuales pasó de Grecia á Roma, como enfitéusis, fué objeto de muchas disposiciones.

En la venta, á la cual en Atenas se imponia un tanto por ciento del precio, se presentan las arras (ἀρραβων) y la disposicion de que, una vez concluido el contrato, el comprador no hacia suya la cosa, si no habia llegado á pagar el precio efectivo convenido (2).

Las obligaciones de indemnizar por daños á la persona y á los bienes recibieron bastante desarrollo (3).

7.—En el derecho *penal*, se muestra especialmente el progreso, desde la primitiva venganza privada al castigo por el Estado (4). Toda clase de asesinatos, homicidios y heridas intencionales se consideraban, segun las ideas atenienses, y aun en general griegas, desde un punto de vista religioso,

(1) Hermann, III, §. 66, es cierto que no alude á la forma del derecho germánico; pero la forma griega era en principio, y quizá tambien en las consecuencias, más favorable al prestatario (v. gr., la irremisibilidad por parte del prestamista), afin con aquel.—V. especialmente los pasajes citados por Hermann.

(2) Sólo Carondas, cuya disposicion aprobaba Platon, habia enlazado la trasmision de la propiedad á la conclusion del contrato y facultado al vendedor para vender á crédito, corriendo el riesgo: V. Hermann, §. 69.

(3) Wachsmuth, III, p. 237; Hermann, §. 69.

(4) El principio del derecho penal de Solon no fué, en efecto, la venganza privada, ni tampoco la expiacion religiosa que inspiraba la legislacion de Dracon; fué la prevencion y conservacion del Estado. Que no entendieron siempre rectamente ésta los atenienses lo demuestran la muerte memorable de Sócrates y las persecuciones de que fueron objeto Alcibiades, Pitágoras, Diógenes y otros.—(A.)

como una profanacion, de la cual era deber sagrado librar el territorio. Aun el reo sin intencion debia salir de éste, á lo ménos, por algun tiempo; y hasta las cosas inanimadas é incapaces de delinquir, por medio de las cuales se ocasionaba la muerte de un hombre, se llevaban tambien fuera (1). Los medios penales eran muy diversos; las más suaves formas de la pena de muerte, eran el veneno ó la estrangulacion dentro de la cárcel; y las más duras, la ejecucion pública por medio de la maza ó por decapitacion: raras veces se ahogaba, se quemaba y se empalaba (2).

El derecho *procesal* (3) se hallaba muy desenvuelto en Atica (4).

---

(1) WACHSMUTH, §. 61.

(2) WACHSMUTH, §. 72.

(3) Ciertamente que el derecho procesal es una de las ramas de la legislacion ateniense más desarrolladas. La participacion del pueblo en el poder judicial, la distincion entre la instruccion y la decision del proceso, la clasificacion de las acciones en públicas y privadas; la variada organizacion de tribunales: arcópago, arcontas, el gran jurado de los heliastas, el Senado y el pueblo, de un lado; y de otro, los árbitros, los cuadragintaviros, los efetas, los nautódicos, los metrónomos, etc., los trámites de la sustanciacion en el primer período: emplazamiento, depósito, juramento de sinceridad de ambos litigantes, excepciones, pruebas, etc.; y en el segundo, la solemnidad é importancia de los debates forenses, sobre todo, en el jurado y en el areópago, famosos los de ambos, aunque los de cada cual á su modo; los recursos de apelacion, cuando se violaban las formas ó se dictaba un fallo injusto; el derecho de asilo y el de gracia ó indulto, eran sus elementos principales, bastantes á demostrar su perfeccion y desarrollo.—(A.)

(4) Sobre esto, la obra capital es la de MAIER y SCHÖMANN: *Procedimiento ático (Der attische Process)*; 1824.

SEGUNDA DIVISION.

Breve exposicion de la historia (1) del Derecho romano (2).

CAPÍTULO PRIMERO.

LOS ROMANOS EN GENERAL.

§. 1.—Elementos de la nacionalidad romana.

Roma, en la antigüedad, suministra la prueba de que

(1) La principal obra sobre la historia de Roma, es todavia la de NIEBUHR, que ha hecho época: *Historia romana (Die römische Gesch.)*, cuya última edicion es de 1853 (*a*). En tiempos más recientes, se ha emprendido la refundicion de esta historia en varias obras de mérito: el de GERLACH y BACHOFEN, *Historia de los romanos (Gesch. der Römer)*, t. I, 1851, en reaccion, hasta cierto punto, contra Niebuhr, volviendo á atribuir gran valor á la tradicion relativa á la antigua historia romana, pero á menudo sin crítica: SCHWEGLERI, t. I, 1853, ensayo extenso, que en general se atiene al punto de vista de Niebuhr; PETER, *Hist. de Roma (Gesch. Roms)*, t. I y II, 1853 y 1854, exposicion imparcial, siguiendo á Niebuhr, y que tiene en cuenta las nuevas indagaciones; Teodoro MOMMSEN, *Hist. rom. (Röm. Gesch.)*, t. I, 1854 (*b*), ofrece un cuadro pintoresco que, con razon, extiende la historia de Roma á historia de toda Italia, presentando muchos puntos nuevos de vista, aunque tambien á veces atrevidas suposiciones.—Sobre la historia especial jurídica y política de este pueblo, véanse: ZIMMERN, *Hist. del Der. rom. hasta Justiniano (Gesch. des röm. R. bis auf Just.)*, 1 vol., 1826; HUGO, *Hist. del Der. rom.* (*G. des röm. R.*), 1832; WALTER, *Hist. del Der. rom.* (*G. des röm. R.)*, 2.ª ed., 1845; PUCHTA, en el tomo I de su *Curso de Instituciones (Cursus der Institutionen)*, 4.ª ed. 1853; ERXLEBEN, *Tratado de Der. rom. (Lehrbuch d. r. R.)*, t. I, que contiene la *Historia*, 1854; IHERING, *Espíritu del Der. rom. (Geist d. r. R.)* 1 t., 1852 (*c*).

(2) Pueden consultarse además: el tomo tercero de los *Estudios so-*

(*a*) Trad. fr. por M. Golbéry, en 7 vol., 1830-40.—*(N. T.)*

(*b*) Se concluyó de publicar en 1860, y ha sido trad. al fr. por M. Alexandre y al español por D. A. García Moreno y dada á luz en 8 vol., de 1874 á 1877.—*(N. T.)*

(*c*) Trad. al fr. por M. de Meulenaere: van publicados 3 vol. 1877-78.—*(N. T.)*

la mezcla de diversas razas puede engendrar un poderoso Estado.

En la antigua Italia, segun las indagaciones de la filología comparada, únicas que cabe aquí tener en cuenta, deben distinguirse tres grupos etnográficos primitivos: el *yapigico* (llamado tambien *mesápico)*, en la antigua Calabria, Apulia, Lucania, Brucio y Sicilia, reinando la mayor oscuridad sobre su procedencia y lenguaje, aunque parece haber tenido poca importancia para la civilizacion; el *etrusco*, cuya lengua y

---

bre la Historia de la Humanidad, de Laurent; la *Historia universal*, de Weber; el *Galo ó Escenas romanas del tiempo de Augusto*, de Becker, traducido del aleman al inglés por Metcalfe; *Roma en tiempo de Augusto* ó viaje de un galo á Roma, de Ch. Dézobry; la memoria de Troplong sobre la *Influencia del Cristianismo en el Derecho romano*, y la de Laferrière sobre la *Influencia del estoicismo* en el mismo; las obras antes citadas de Sumner Maine, de Fustel de Coulanges y de Colguhoun; el *Análisis del Derecho romano*, de Halifax (ing.); la *Historia del Derecho bizantino* (fr.), de Montreuil; el primer tomo de la *Historia del Derecho francés*, de Laferrière; las obras conocidas de Cujas, Donneau, Domat, Pothier, Savigny, Vinio, Heinecio, Mackeldey, Mühlenbruch, Ortolan, Warnkoenig, Fresquet, Ducarroy, Marezoll, Maynz, Rivière, etc.; los *Estudios de Derecho romano*, comparado en algunos puntos con el francés, el inglés y el escocés, de Mackenzie, traducido, anotado y comparado con el español por S. Innerarity y G. de Azcárate; *El Derecho de familia en principios y en la historia del pueblo romano*, en los *Estudios jurídicos* del malogrado prof. de la Univ. de Madrid, Sr. Maranges; el *Tratado de las acciones*, de Bonjean (fr.); los tratados sobre la *propiedad* y sobre la *gentilidad*, de Giraud (fr.); el *Foro romano desde su orígen hasta Justiniano*, de Grellet-Dumazean (fr.); el *Ensayo sobre las leyes criminales de los romanos relativas á la responsabilidad de los magistrados*, de Laboulaye (fr.); el *Tratado de las acciones*, de Zimmern, traducido del aleman al francés por Etienne; el *Bosquejo de los ensayos hechos para restaurar el texto de las Doce Tablas*, de Dirksen (ing.); las *Institutionum et regularum juris romani syntagma*, de Guerit; las *Institutiones juris romani literariae*, de Haubold; las *Jurisprudentiae antejustinianeae quae supersunt*, de Huschke; las *Vaticana juris romani fragmenta*, de Angel Mai, etc., etc.—(A.)

cultura son todavia un misterio tambien (1), pero que ha tenido una cultura influyente y de trascendencia para Roma, cultura que supone largo tiempo para su desarrollo y que se hallaba ya en decadencia en la época de la civilizacion de aquella; por último, el grupo *itálico*, el más extendido, compuesto de los umbros, sabinos, oscos y latinos, que indudablemente forma un miembro de la gran raza indo-europea, inmigrado á Italia (2) y extendido por toda la mitad meridional de la Península, excepcion hecha de Calabria y de las colonias griegas. Esta raza muestra en sus ideas é instituciones fundamentales cierta afinidad con otros pueblos indo-europeos, para explicar la cual se ha apelado á la hipótesis, aceptada tambien por Niebuhr (3), de una raza primitiva madre, la de los pelasgos, comun para los helenos y para estas tríbus itálicas. Esta suposicion, sin embargo, no es legítima ni necesaria (4). Las lenguas de las tríbus itálicas, no son

(1) Segun Wachsmuth, *Hist. univ. de la civil. (Allgem. Culturg.)*, I, p. 290, esta raza debia ser mezcla de otras dos: una, extendida probablemente desde los Alpes réticos al valle del Pó y á la Toscana actual; y otra que, segun la antigua y verosímil leyenda, emigró más tarde del Asia Menor (Lidia) y llegó á ser preponderante. Segun el autor de la *Etnología* citada en la pág. 207, t. I, los Etruscos y los Etiopes eran próximos afines. Es tambien muy inverosímil que la lengua etrusca deba contarse entre las de la familia indo-europea: Véase Schwegler, *o. c.*, I, p. 171.—Comp., p. 256, nota (1).

(2) El órden en que estos pueblos vinieron á Europa se aparta algo del que hemos indicado en el t. I, p. 259, etc. Segun Pott, *Tronco de las lenguas indo-germánicas (Indo-germanischer Sprachstamm)*, este órden seria: 1.°, Iberos (? incierto); 2.°, Ilirios y Tracios; 3.° Griegos é Itálicos; 4.°, Celtas; 5.°, Germanos y Eslavos.

(3) Niebuhr, *Hist. rom.*, I: especialmente, 32, etc. y 63.

(4) La hipótesis de los pelasgos, si es que se entiende bajo este nombre la estirpe comun de la ulterior bifurcacion en helenos é ítalos, carece, como Niebuhr y O. Müller reconocen de consuno, de una sólida base histórica; pero los nuevos y más profundos trabajos de la filología comparada, en punto á las lenguas indo-europeas, la han hecho innecesaria, mostrando que las lenguas itálicas, y por tanto el

sino dialectos de una misma lengua madre, que no se distinguen más entre sí de lo que se diferencian los dialectos germánicos ó helénicos, pero entre los cuales el latin (que no es producto de otras lenguas, sino un dialecto original), habiendo prevalecido en la compleja nacionalidad romana, fué poco á poco anulando á los restantes.

Estas tríbus itálicas, así como los etruscos, habian vivido ya, desde mucho antes de la fundacion de la ciudad en confederaciones particulares, entre las cuales, la más extensa, poderosa y floreciente, fué la de los segundos.

La nacionalidad romana se formó de tres elementos: los latinos y los sabinos, afines entre sí, y los etruscos posteriormente venidos, si es que no existian ya desde un principio (1).

---

latin, no son más afines al griego que á las germánicas, y por consiguiente, lo mismo se necesitaria para ellas el lazo de union que se quiere representar en los pelasgos, que con los otros miembros de esta gran familia étnica. Qué es lo que en realidad fuesen los antiguos pelasgos, es difícil de determinar.

(1) Los más de los escritores modernos aceptan ciertamente la entrada posterior de los etruscos (indicada por los romanos como gobierno del primer Tarquino, y por los etruscos, como establecimiento de los celianos), de suerte que consideran el influjo de su cultura en Roma, como venido ya del exterior. Mas, á pesar de la autoridad de este modo de ver, expresado por NIEBUHR, (I, 427), y aunque estoy muy distante de pretender "decidir de una manera segura en las tinieblas," no puedo, sin embargo, por respetos á la justicia histórica y para explicar hechos importantes, desechar la opinion de que el elemento etrusco sea importante ó predominante—ya desde un principio, ya poco despues—en los patricios, que han contribuido, como todos, á la historia romana: el mismo Niebuhr se declara, I, 441 y 443—en favor de la probabilidad de que las familias patricias rápidamente extinguidas, por el empeño de no casarse sino entre sí, fueron reemplazadas por Tarquino Prisco, del cual data el influjo etrusco. No acierto á explicarme el carácter severo, religioso, sacerdotal, sombrío y duro hasta la crueldad del patriciado por el de los sabinos, tan inmediatos afines á los latinos. Lo que en el texto digo, pues, de los patricios, por no apartarme de la opinion comun, debe atribuirse á mi parecer, por lo ménos, en parte, al in-

La base de la antigua Roma, la forman, en parte, latinos que habitaban el monte Palatino; en parte sabinos, que poseian el Capitolino; la tercera colina, el monte Celio, fué donde despues se establecieron los etruscos. Segun unos, latinos y sabinos estaban reunidos entre sí en un estado federativo, constituido por medio de tratados; mientras que, segun otros, los latinos fueron sometidos por los sabinos, ó al contrario, pero llevando igualmente unos y otros el nombre comun de *populus romanus (et) quirites*, y mostrando en su carácter ciertas cualidades opuestas, que vinieron á concertarse de un modo muy afortunado en el carácter total del pueblo romano.

Los sabinos, pueblo principalmente montañés y dotado de las cualidades generales que á este modo de vida corresponden, se distinguian por su piedad, severidad de costumbres, santidad del matrimonio y el juramento, adhesion á los antiguos usos y una cierta dureza y rigor *(durities)* que se expresaba en su constitucion doméstica, especialmente en el poder del padre sobre la mujer y los hijos. Reflejábase tambien este carácter en la constitucion más patriarcal que investia al cabeza de familia, sacerdote, rey, juez de su casa juntamente, de grande autoridad sobre todos los miembros

---

flujo del elemento etrusco. En apoyo de esta opinion, expresada ya por PASTORET *(Hist. de la législ.* XI, 307), V. recientemente tambien á MOREAU DE JONNÉS en *L'Institut*, núms. 177 y 178. La cuestion que aquí se plantea es independiente de la del orígen de los etruscos; la opinion de MOMMSEN (I, 82) de que ha sido tratada segun aquel principio de los arqueólogos, de investigar lo que ni puede saberse ni vale la pena, no detendrá, en verdad, á nadie que sienta la exigencia de una ulterior investigacion. Que sea posible ó no saberlo, es cuestion; que merece intentarse, está fuera de duda. V. tambien sobre esto el artículo de J. AMPÉRE en la *Revue des deux Mondes* de 15 Feb. 1855, el cual, por lo que concierne al juicio de los monumentos artísticos que él mismo ha visto, es juez competente, y que vuelve á indicar tanta semejanza entre los etruscos y los egipcios, con los cuales mantuvieron aquellos anteriormente comercio marítimo.— V. tambien sobre los etruscos la época 1.ª de la hist. rom.

de aquella, manteniendo en su seno el espíritu de subordinacion, así como el de igualdad en sus relaciones con las otras familias y la preferencia de las formas federativas en la constitucion comun á todas. Los latinos, por el contrario, habitantes, sobre todo de llanuras y costas, mostraban un espíritu más flexible, y en especial una tendencia predominante hácia los fines inmediatamente prácticos, una concepcion precisa y clara y suma facilidad para valerse de las circunstancias, junto con la prudencia y astúcia que de estas cualidades dependen; pero á la vez, gran frialdad de sentimiento y un impasible egoismo, que prescinde de las relaciones internas y morales y sólo se consagra á lo exterior. Así como los pueblos más movedizos, llevados como de cierta interior necesidad de contrapeso, se inclinan á una concentracion más rígida del poder, así los latinos tambien (por oposicion á los sabinos, más dados á la confederacion) preferian el poder unitario. Del carácter de estas dos razas se formó el espíritu general romano de tal modo, que el sabino se expresó más en los patricios, y el latino en la *plebs*. Difícil es determinar con certeza si el orígen de los patricios y plebeyos en Roma debe concebirse como si la plebe la constituyesen los descendientes de una tríbu vencida ó recibida en la comunidad; ó si desde un principio existia en cada una de estas tríbus, en la sabina y en la latina, como en la etrusca, la distincion entre patricios y plebeyos, y por una atraccion natural, los patricios sabinos se unieron con los latinos (1), y la plebe de los primeros se asoció con la numero-

(1) Waschmuth (*Hist. de la civ.*, I, p. 308), dice resueltamente: de la oscuridad de la historia primitiva de Roma, resulta, sin embargo, indudable que el espíritu de clase condujo muy pronto á la inteligencia entre el patriciado de las tres tríbus, sustituyendo á esta triplicidad, determinada en un principio por la Naturaleza, la dualidad del derecho de clase.

sísima de los segundos; pero en todo caso, la plebe se aumentó mucho por las emancipaciones, la admision de los vencidos y las inmigraciones. El predominio del carácter sabino en los patricios se explica por serles más propio un sentido aristocrático.

A estas dos razas, se unió posteriormente la etrusca, con una civilizacion más adelantada, cuyo influjo sobre el carácter y vida política de Roma, si es difícil de determinar, por lo ménos ha sido muy importante, y, en muchos puntos, de interés: como en los auspicios, en la doctrina del *templum*, especialmente en la construccion de éste, en la fundacion de ciudades, en la agrimensura y en la organizacion de los campamentos, en la participacion de los etruscos en todas las empresas técnicas, en las edificaciones y obras de la antigua Roma, y probablemente tambien en la constitucion política y el arte del gobierno, ya más desarrollados.—Los tres citados tipos recibieron los nombres de tríbus de los ramneses, ticios y luceres, esto es, latinos, sabinos y etruscos: triple division, que perdió, sin embargo, muy pronto su sentido, ante otra oposicion más importante: la de las clases.

Con estos elementos étnicos, cooperó el influjo de Grecia en varios respectos. Una tradicion infundada hace á Numa (sabino) discípulo de Pitágoras; pero Niebuhr (1) ha visto en ella con razon el amistoso comercio que desde los antiguos tiempos existia entre los sabelios (sabinos ó samnitas) y los griegos. Pero muchas ideas é instituciones no deben explicarse por un influjo directo de Grecia, sino por el espíritu y las tradiciones comunes á los pueblos indo-europeos. Posteriormente se ha hecho notar en la Ley de las XII tablas el influjo helénico, que no puede señalarse con toda precision;

(1) *Lecciones sobre la Historia antigua (Vorträge über alte Geschichte)*; III, p. 221.

y todavia la vida romana, al destruirse, halló un punto de apoyo en la filosofía estóica, que tuvo indudable influjo en el progreso del derecho romano: influjo que en otros tiempos se ha exajerado, pero que hoy se desestima demasiado tambien.

§. 2.—Desarrollo de la vida y del Estado romano en general.

La mision histórico-universal del pueblo romano se halla como impresa en su carácter. Un pueblo, que desde el principio posee un gérmen robusto de vida en la sencillez de costumbres de sus individuos y en el respeto á los lazos de familia, al par con un claro entendimiento y un sentido de órden y subordinacion formal, pero al que, por falta de impresionabilidad respecto de los bienes absolutos y superiores de la vida, la religion, la ciencia y el arte, llevaba su voluntad sólo á los fines exteriores prácticos, debia necesariamente aspirar, en la conciencia de sus fuerzas íntimas, tanto á una organizacion adecuada de las relaciones sociales en su Estado, como á un imperio en lo exterior que gradualmente sometiera á todas las naciones. Lo que caracteriza á la vida romana y la distingue, no ya de la oriental, sino tambien de la griega, consiste, por una parte, en la creciente separacion de esa vida por respecto á su fondo ético, y en la tendencia que de aquí resulta hácia lo exterior y formal, especialmente en la vida jurídica y política; y por otra parte, en la aparicion del *yo* (subjetivo), de la conciencia de sí mismo y de su propia voluntad, en la *personalidad* exteriormente activa. Y si en el primer aspecto, la vida romana dió un paso más—y aun el último paso puede decirse en la antigüedad antecristiana—en el camino del divorcio entre la vida y su contenido objetivo moral, así como en el subjetivismo y el

egoismo exterior, por otra parte hay relativo progreso en el desenvolvimiento de este *yo* subjetivo en la esfera de sus relaciones, en la concepcion de la personalidad y libertad civiles: todo lo cual constituye el elemento positivo, mediante que el pueblo romano ha conquistado su importancia en la historia universal y ejercido poderoso influjo hasta los últimos tiempos. Pero este elemento tenia que ser tambien el que produjera su interior decadencia, por su divorcio de aquellos principios superiores, una vez cumplida la organizacion formal de los fines externos y la extension de su soberanía.

CAPÍTULO II.

OJEADA Á LA HISTORIA JURÍDICA Y POLÍTICA DE ROMA, HASTA JUSTINIANO.

§. 1.—Épocas principales.

Las principales épocas del desarrollo de este derecho, que no coinciden rigurosamente en el público y en el privado, se determinan aquí por respecto á este último, como el predominante. La historia del derecho político de Roma no es, sin embargo, ménos instructiva: porque, si no con tanta variedad como en Grecia, ofrece, en el ciclo que recorren aquí todas las formas esenciales del Estado, desde la monarquía, la república aristocrática y la democrática, hasta el despotismo del imperio, el desenvolvimiento natural de un mismo principio, que muestra cómo el espíritu formalista, exterior y cada vez más divorciado de los elementos éticos y objetivamente jurídicos, conduce gradualmente á la mayoría de las masas democráticas y á la disolucion del órden político, que si el imperio todavia contiene por algun tiempo, es sólo para ofrecer un molde externo al nuevo principio cristiano, que trae consigo un fondo superior y nuevo tambien á la vida.

Atendiendo, pues, principalmente al derecho privado, puede dividirse la historia jurídica de Roma en cuatro épocas, que no cabe, sin embargo, distinguir con límites rigurosos, sino por el espíritu que predomina en cada una. La prime-

ra es, sobre todo, *religiosa* (pero no teocrática, ni sacerdotal); y en ella la *unidad* de la vida y de todas las instituciones se afirma por respecto á la religion: se extiende desde la fundacion de Roma hasta la Ley de las XII tablas. La segunda comienza con ésta, en la cual se inicia tambien la separacion entre la religion y el derecho y, en este, entre el privado y el público, llegando hasta el fin de la república: esta es la época, como ya antes se ha notado, de las *oposiciones*, que al cabo se resuelven en la generalidad y poder democráticos. La tercera alcanza desde Augusto á Constantino (segun Gibbon y Hugo, hasta Alejandro Severo † 235); y ofrece la decadencia de la vida *pública*, aunque á la vez la convergencia de las fuerzas espirituales que todavia restan sanas á la elaboracion científica del derecho *privado*, mediante los jurisconsultos. La cuarta época principia en Constantino, que lleva el centro de gravedad del imperio á Constantinopla, y acaba en Justiniano; apareciendo en ella, bajo la presion de las tríbus germánicas invasoras, que producen la caida del imperio, la aspiracion á fijar y cerrar todo el desenvolvimiento anterior del derecho por medio de *compilaciones* y de una legislacion ordenada (1).

(1) Ortolan divide la historia del Derecho romano en tres épocas: Monarquía, República é Imperio, y para justificarla, "basta considerar, dice el Sr. Maranges en la obra citada más arriba, que el desarrollo del Derecho en tan distintas esferas es siempre armónico, y que los cambios en el político responden á cambios realizados en el Derecho todo, mucho más en Roma, donde el Derecho político prepondera;" Gibbon y Hugo distinguen cuatro épocas: infancia, juventud, virilidad y vejez, division que siguen Mackeldey, Warnkönig y Giraud. Marezoll tambien admite cuatro, aunque con diversos límites. Tomando como base la division de Ortolan y completando la que hace Laferriere, puede hacerse la siguiente:

1) Derecho primitivo (Monarquía); 2) Derecho civil de Roma (República): *a)* Derecho de las XII tablas; *b)* Derecho pretorio; 3) Derecho romano (Imperio); *a)* bajo el influjo del estoicismo (hasta Constantino); *b)* bajo el influjo del Cristianismo (hasta Justiniano).—(A.)

La historia jurídica, por último, no debe tratarse como meramente *externa* ó de las fuentes (1), sino tambien como *interna* ó de las doctrinas, á la vez que en constante relacion con los elementos éticos de la vida entera, por más que sólo haya de ofrecerse aquí en breve resúmen.

§. 2.—Primera época.

Desde la fundacion de la ciudad, hasta la Ley de las XII tablas.

(1 á 304 *u. c.*—753 á 450 *a. d. C.*)

I.—El comienzo de la historia romana se halla sumergido en una oscuridad, que todavia no han logrado disipar suficientemente las investigaciones históricas. Al entrar en la historia, hallamos ya el pueblo romano, *Populus Romanus Quiritium*, dividido en tres tríbus, que aluden á la triple descendencia de los latinos, sabinos y etruscos, á saber: las de los ramneses, ticios y luceres. Cada una de las tres se subdividia en 10 curias, y cada curia en 10 decurias, que, segun Niebuhr, no son otra cosa que las *gentes:* habia, pues, 30 curias y 300 decurias ó gentes. Cada una de las primeras tenia su nombre, su jefe *(curio)*, su lugar propio para reunirse *(curia)* y un voto en la Asamblea pública, que, organizada por curias y familias en *comitia cariata*, representa al Estado entero. Y así como los Comicios se formaban por los cabezas

---

(1) Hé aquí la enumeracion que hace Eschbach de las fuentes del Derecho romano: *Jus civile Papirianum*, *Lex duodecim Tabularum*; *Jus Flavianum*; *Jus Aelianum*; *leges*; *plebiscita*; *senatus-consulta*; *mores majorum*; *jus honorarium*; *auctoritas prudentium*; *Constitutiones Principum* (*rescripta, decreta, edicta, mandata)*, contenido de los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano; *Justinianeus Codex*, *Pandectae seu Digesta*; *Institutiones*; *Codex repetitae praelectionis*; *Novellae*.—(A.)

de familia, *patres familiarum*, se formó tambien una asamblea general, el Senado, por los *patres gentium*. Ambos, el Senado y los Comicios, elegian un *rex* vitalicio, propuesto por el primero y aceptado por los segundos, y el cual, en virtud de su *imperium*, era el supremo director de los asuntos comunes, capitan y juez supremo; su poder, sin embargo, se hallaba esencialmente limitado por la autoridad, constitucionalmente coordenada á él, del Senado, que sin duda era el órgano más importante del Estado, y que, convocado y presidido por el rey ó su representante, ejercia derechos de suma trascendencia y tenia que discutir y resolver lo que debia someterse á la votacion del pueblo. Cuando se trataba de dar una ley nueva, nombrar autoridades y decidir sobre la paz y la guerra, estaba el rey obligado á asistir á la decision de la Asamblea popular, convocada por él.

Al lado de este primitivo *Populus Romanus*, que en estricto sentido sólo comprendia á los patricios, habia una *plebs* procedente de los países limítrofes, y cuya admision se atribuye á Anco Marcio ó á Numa. Tenia los derechos generales de la ciudadanía romana, y especialmente la *communio juris civilis*, que se manifestaba en la capacidad del tráfico de bienes *(jus commercii)*, en el *jus testamenti factionis*, en el de contraer *matrimonio* válido, en el de perseguir judicialmente sus derechos *(jus agendi)*, segun los preceptos del civil romano; pero puede señalarse, con todo, como distinciones especiales entre patricios y plebeyos, que las antiguas costumbres no autorizaban entre ambas clases matrimonio legítimo, y que los primeros poseian ciertas prerogativas: eran los únicos á quienes correspondian los cargos públicos y las dignidades sacerdotales y que podian ser nombrados senadores; constituian exclusivamente, hasta los tiempos del penúltimo rey, la Asamblea nacional con voto, y gozaban el derecho exclusivo de pastoreo sobre el *ager publi-*

cus, derecho que, abusivamente y en parte, se convirtió en una ocupacion de éste.

Diversa de la *plebs* eran los protegidos (*clientes*, *de cluere*, como κλύειν (1), oir), que, segun Niebuhr, en un principio, y antes todavia de la plebe, se hallaban en una relacion de proteccion con los patricios, cuyo orígen no es hoy fácil explicar; de suerte que ha habido un tiempo en que sólo existian patricios y clientes, distinguiéndose siempre estos de la plebe libre.

Creciendo luego mucho el número de los plebeyos, especialmente con la conquista de los territorios latinos inmediatos, fué necesario hacer tambien partícipes á los plebeyos de la ciudadanía romana, aun en los asuntos políticos. A esta necesidad proveyó la organizacion establecida por Servio Tulio (2), semejante á la constitucion de Solon (3) y hábilmente calculada, no sólo en verdad para los fines de la guerra y del impuesto, sino tambien para los políticos; por ella desapareció esencialmente la antigua constitucion por familias

(1) Las opiniones sobre esta relacion y su orígen son todavia muy diversas. Pero se debe reconocer con PUCHTA (*Curso*, I, p. 158) como un gran mérito de NIEBUHR el haber puesto fuera de duda la diferencia frecuentemente desconocida entre clientes y plebe, por la cual aparece inmediatamente la libertad de ésta. V. NIEBUHR, I, 359, etc., que compara los clientes con los vasallos griegos, *metecos* (V. lo dicho en la p. 247); comparacion que sin embargo no se justifica del todo, si la clientela constituye una relacion primitiva. Por lo demás, no hay certidumbre completa sobre el carácter de lo que en Roma fué primitivo ó ulterior. Queda sólo como un resultado importante el haberse probado la diferencia entre la plebe y los clientes.

(2) MOMMSEN, I, p. 73, hace notar, al poner de manifiesto esta semejanza, donde reconoce el influjo griego, que la palabra más importante en esta constitucion reformada, *classis*, procede de una voz griega.

(3) V. sobre esto la obra fundamental de HUSCHKE: *La Constitucion de Servio Tulio* etc. (*Die Verfassung des Servius Tullius*, u. s. w., 1839).

y quedó todo el pueblo romano dividido con arreglo á la fortuna y al territorio del Estado, subsistiendo la diferencia de condicion entre patricios y plebeyos, pero enlazándose más íntimamente éstos con el Estado. Para lo cual, el pueblo todo de Roma y de los campos se distribuyó en varias tríbus locales, 4 en la primera y 26 en los segundos, correspondientes á otros tantos distritos municipales, cada uno de ellos gobernado por un tribuno.

Esta nueva organizacion fué establecida por Servio sobre la base de un censo, que se hacia cada cinco años, y en el que, atendiendo á la nobleza del nacimiento, bienes de fortuna, edad y á las obligaciones determinadas por estas circunstancias para el servicio de la guerra y los impuestos, se distinguian 5 clases y 193 centurias (1), entre las cuales habia una para los *proletarii* y *capite censi* que tuviesen fortuna inferior á los de la quinta clase, ó no tuvieran nada; estableciéndose así una nueva asamblea popular (los *comitia centuriata)*, que se reunia y votaba por centurias y á la cual pasaron los derechos otorgados hasta entonces á los *comitia curiata,* reservándose á éstos solamente la confirmacion de los acuerdos tomados por los primeros y de las elecciones verificadas por ellos, y siguiendo anejo al patriciado el desempeño de los cargos públicos y dignidades sacerdotales.

A esta constitucion, que no llegó á realizarse en la práctica en tiempo de los reyes, se opusieron, sin embargo, los patricios, perjudicados en su influjo; y trasmitiendo á las otras clases su hostilidad contra la monarquía misma, utilizaron para abolirlo (243 *u. c.*—510 a. de C.) el despotismo ejercido en todos sentidos por Tarquino el Soberbio.

(1) Por esta constitucion de Servio (que segun la tradicion fué un emigrado de Etruria, donde se llamaba Mastarna), la primera clase, que incluyendo á las 18 centurias de los caballeros, comprendia un total de 98, ejercia, cuando todas estas iban acordes, una decisiva preponderancia sobre todas las demás.

Confirióse el poder á dos cónsules (llamados *praetores* en un principio), que se elegian cada año por los comicios centuriados, y que pertenecian (1), uno, al órden de los patricios y otro al de los plebeyos: y asumieron estos magistrados las primitivas facultades de los reyes, si bien con algunas limitaciones. Entraron tambien muchos plebeyos en el Senado, compuesto desde entonces de *patres et conscripti*. Suprimióse la servidumbre por deudas. Los patricios se captaron con estas medidas la simpatía del pueblo, al inaugurarse el nuevo órden político, y llevaron á la práctica la constitucion de Servio Tulio. Pero, á poco, la plebe, que habia perdido con los reyes sus naturales protectores, se vió tan oprimida, que por un lado cargó sobre ella todo el peso de los impuestos, pues los patricios, sin propiedad imponible, se reservaron exclusivamente la posesion y usufructo del *ager publicus;* y por otra parte, los plebeyos, obligados al servicio militar, no pudieron por la frecuencia de las guerras cultivar sus campos, necesitando contraer grandes deudas y recibir de los patricios dinero á censo con grande usura: todo lo cual trajo la revolucion que hizo el pueblo, retirándose al *mons sacer* (259 *u. c.*—494 a. de C.) y obligó á los patricios amedrentados, á concesiones, la mayor de las cuales consistió en la institucion de dos (luego 5 y despues 10) *tribuni plebis,* inviolables y elegibles sólo por los plebeyos; estos magistrados, juntos con otros dos encargados de la policía urbana, *aediles plebis,* debian cuidar de los intereses y derechos de la plebe, protegiéndolos por su intercesion, especialmente contra los desmanes de las autoridades.

Pero no tardaron los tribunos en aprovechar su posicion para dar mayor amplitud á los derechos de la plebe, á la

(1) NIEBUHR, I, 476. Sin embargo, el derecho sólo se estableció permanentemente para los plebeyos, más tarde (388 *u. c.*), por la primera ley Licinia.

cual dejaron reunirse en comicios especiales, ***comitia tributa***, y adoptar en ellos acuerdos independientes, ***plebiscita***, sobre los asuntos públicos; y aun llegaron á elevar su poder intercesor á la condicion de un *veto* absoluto, contra todo acto de la autoridad, que perjudicara ó desagradara á la plebe. Desde entonces surgió una lucha, proseguida sin interrupcion entre patricios y plebeyos, que vino á concretarse sobre todo en tres puntos: *a)* la ***distribucion*** de una parte del ***ager publicus*** entre los plebeyos, que habian ayudado á ensancharlo mediante la conquista; *b)* la ***eleccion*** de las autoridades plebeyas en los comicios tributos, donde se resolvia por mayoría de votos, sin necesidad de auspicios ni confirmacion ulterior por las curias (1); *c)* finalmente, la fijacion del derecho en leyes *escritas* (2).

Resistiéronse los patricios con la mayor tenacidad á la primera exigencia, que no llegó á tener satisfaccion alguna. Más afortunados fueron los plebeyos en las otras dos: pues la primera de ellas se alcanzó á propuesta del tribuno Publi-

(1) Y además la admision de los plebeyos á todas las magistraturas, cosa que fueron consiguiendo sucesivamente y en fechas cuya série muestra la tenacidad y perseverancia de aquellos en esta memorable lucha; pudieron ser cuestores en el año 333; cónsules, en el 387; ediles curules, en el 388; dictadores, en el 397; censores, en el 402; Senadores, en el mismo año; pretores, en el 416; Pontífices, en el 453; gran Pontífice, en el 502. El tribuno siempre fué plebeyo.—(A.)

(2) Sumner Maine dice que en todas partes leyes grabadas en tablas y expuestas al público sustituyen á las costumbres depositadas y recogidas por una oligarquía privilegiada; y que la escritura y el espíritu democrático hacen aparecer los Códigos. Fustel de Coulanges dice que los plebeyos pidieron un Código y pretendieron hacerlo, pero que, por estar excluidos de la religion lo resistieron los patricios, conviniéndose al fin en que éstos lo formaran, y el pueblo lo aprobara en los comicios centuriales, esto es, en las asambleas en que los dos órdenes estaban confundidos. La ley pierde su carácter religioso, se hace reformable, y su índole popular se revela bien en esta frase de las Doce tablas: "lo que los sufragios del pueblo han ordenado en definitiva, eso es la ley."—(A.)

lio Volero (282 *u. c.*—471 a. de C.); y la segunda llegó á lograrse del propio modo, no sin una prolongada resistencia de los patricios, con la eleccion de 10 de éstos para consignar el derecho en leyes.

La mision que se confió (302 *u. c.*—451 a. de C.) á estos *decemviri legibus scribundis* pareció de tal modo poner en cuestion toda la anterior organizacion política, que la hizo dejar á veces en suspenso, entregándose el poder á los decemviros, encargados entonces, así de gobernar al Estado, como de redactar las leyes. A fines del primer año de su ejercicio (450 a. de C.), publicaron éstos 10 tablas de leyes, que fueron aprobadas por el senado y confirmadas por el pueblo en los comicios. Al año siguiente, los nuevos decemviros, entre los cuales habia cinco plebeyos, publicaron, por vía de apéndice otras 2 tablas más, con lo cual acabó su mision; y como quisieran todavia proseguir gobernando, vino á destituirlos un movimiento popular, traido por la tiranía del decemviro Apio Cláudio; restableciéndose de este modo la antigua constitucion, salvas las variaciones introducidas por las XII tablas.

En la historia de éstas, hay muchos puntos oscuros, en lo que se refiere, así á su redaccion, como á su contenido. Lo que se cuenta de haberse enviado primero á Grecia (1) personas que se impusieran en el derecho griego, y especialmente en las leyes de Solon, es dudoso; si bien no lo es que el derecho de aquel pueblo influyó en la redaccion de las XII tablas, la cual parece que se hizo, sobre todo, con la cooperacion de Hermodoro, un refugiado griego procedente de

(1) Amari dice que más crédito debe darse á Dionisio de Halicarnaso, Tito Livio, Strabon, Plinio, Tácito y Ciceron, que afirman este hecho, que á los que lo niegan al cabo de dos mil años; y añade que los romanos hubieron de imitar, si no las leyes de Licurgo y de Solon, las de la Gran Grecia y otras regiones de Italia.—(A.)

Efeso. Pero es indisputable que sirvió de base el antiguo derecho de Roma, muchos principios del cual quedaron todavia en vigor, pues siguió apelándose tambien á las leyes de la monarquía (1).

II.—Por lo que concierne al derecho mismo y ante todo á sus *fuentes*, en esta época, importa notar que era aquel derecho consuetudinario, y diferente á la verdad segun las razas; pero así como éstas se fundieron en la nacionalidad romana, así se convirtió tambien el derecho en romano, desenvolviéndose segun el carácter nacional. Subsistió, sin embargo, durante largo tiempo, la diferencia de clase entre patricios y plebeyos: pues si ambos órdenes quedaron unidos por los vínculos de ciertas prescripciones jurídicas comunes, siguió con todo el derecho dividido como en dos esferas: una patricia plebeya otra, viviendo cada una de estas clases con arreglo á normas peculiares (2).

(1) Es claro que, lejos de reflejar las XII tablas el derecho primitivo de Roma, como suele creerse, es una transicion entre aquel y el derecho pretorio, una enunciacion de las costumbres existentes resultado del influjo ejercido por los plebeyos. Así, como hace notar Fustel de Coulanges, al propio tiempo que conserva el derecho antiguo en lo relativo á pátria potestad, sucesiones, emancipacion y adopcion, establece uno nuevo en cuanto á la division del patrimonio entre los hermanos y á la venta del hijo por el padre, introduce el testamento mancipatorio, que pudieron celebrar los plebeyos, establece la *coemptio*, para que éstos tuvieran la pátria potestad, autoriza el matrimonio *libre*, el cual no lleva consigo la *manus*, continuando así la mujer en la familia del padre, etc.—(A.)

(2) Sobre la importancia política de las leyes de las XII tablas, V. Niebuhr, *Hist. de Roma (Röm. Gesch.)*, II, p. 312 y siguientes; Puchta, *Instituciones (Instit.)*, I, §§. 54, 55.—Sabido es que las originales desaparecieron en el incendio de Roma por los galos (365 a. de C.) Es seguro que fueron restauradas luego, pues muchos las aprendieron de memoria; y no cabe duda tampoco de que los romanos poseyeron copias de ellas en todas las épocas (de otro modo, los jurisconsultos posteriores no habrian podido escribir comentario alguno sobre las XII tablas); sólo que no se ha conservado ninguna de ellas.

Si bien el derecho era en su mayor parte consuetudinario, con todo hubo ya bajo los reyes verdaderas *leges*, que, á propuesta de aquellos y con aprobacion del Senado, fueron recibidas en los comicios por curias. En tiempo de Tarquino el Soberbio, hubo de coleccionarlas y publicarlas *(jus papirianum)* un pontífice llamado Papirio.

III.—Si consideramos ahora la *vida jurídica* y *política* de Roma en lo que tiene de esencial, se advierte que, ante todo, guardan íntima relacion con el concepto general que de la vida tenia aquel pueblo, cuyo carácter intelectual abstracto, como ya se indicó en otra ocasion, aparece en todas las esferas de la vida, y en la jurídica se muestra como predominio de una voluntad enérgica, que aspira siempre á la dominacion.

1.—La idea romana de la vida, á diferencia de la griega, se expresa sobre todo en la *religion*, por la concepcion abstracta de las divinidades (1). Conceptos abstractos, no sólo de todas las relaciones esenciales de la vida, como el Estado, la *gens*, la familia, sino de todas las profesiones, especialmente de la agricultura, aparecen elevadas por hipóstasis al rango de divinidades, las cuales, sin embargo, ni tienen como en Grecia su historia, ni reciben tampoco informacion artística. El espíritu romano repugnaba tambien

---

No conocemos más que fragmentos de estas leyes, que nos han hecho conocer diferentes autores, ya en su redaccion primitiva, ya refiriendo su contenido. Se ha tratado varias veces de reconstituir dicho texto primitivo. El ensayo más antiguo y de mayor importancia es el de Jacobo Godofredo, primero en 1616, que renovó despues en sus *Quatuor fontes juris civilis, Genevae*, 1653-4. Muy superior á todos los trabajos que le preceden es el de Dirksen: *Resúmen de los ensayos hechos hasta hoy para la crítica y el restablecimiento del texto de los fragmentos de las XII tablas (Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des textes Zwölftafel-Fragmente)*, Leipsique, 1824.

(1) Wachsmuth, I, 326; Mommsen, I, 121.

en esto la verdadera individualizacion; no veia, lo mismo que en el derecho, lo general en lo individual, sino lo individual en el concepto abstracto; no gustaba por esto primitivamente, antes de que el influjo griego se hiciera sensible, de representar á los dioses en imágenes, y sólo ulteriormente les erigió templos, sin que pudiesen penetrar nunca en el culto sombrío de los etruscos, que se desenvolvia en una aritmética mística y despertaba sólo terror y espanto. Llana y sencilla, clara y sóbria, animosa y llena de confianza: tal fué aquella primitiva concepcion, la cual, si bien profundamente influida ya por el politeismo, revela, sin embargo, todavia el carácter fundamental de las razas indo-europeas.

Aparece tambien como rasgo comun fundamental el íntimo enlace entre el sacerdote y el jefe de familia; y, en la familia nacional, entre el pontífice y el jefe del Estado. Así como, dentro del hogar, el padre es á la vez sacerdote, que dá culto á la Divinidad, cuida con la familia de la conservacion de los *sacra privata* y enciende en el hogar el fuego de Vesta, así es el curion el sacerdote de la curia, así tambien el rey es el sumo sacerdote, y así finalmente en el comun hogar del Estado, el culto de Vesta es y se tiene por el más sagrado (y tambien es el último que sucumbe luego ante el Cristianismo). Verdad es que se instituyen, para atender á necesidades permanentes del culto y en honor de determinados dioses, ciertas dignidades sacerdotales peculiares, que tambien influyen en relaciones importantes de la vida; pero jamás llegan á alcanzar un lugar preeminente en la jerarquía del Estado (1). Al lado de este género de sacerdocios, subsisten, por el contrario, determinadas corporaciones religiosas, formadas para guardar la tradicion en lo concerniente al servicio divino, convirtiéndose así en depositarias del cultivo de

(1) Sobre este grado, que nunca formó parte esencial é independiente en la jerarquía del Estado, V. Mommsen, I, 116.

las artes y de las ciencias. A ellas pertenecen, ante todo, las tres corporaciones más importantes de los *arúspices*, *augures* y *pontífices*. Especialmente los últimos, encargados primitivamente de los puentes del Tíber, poseedores del secreto de las proporciones y de los números, formaban tambien el calendario del Estado y tenian que cuidar de que todos los actos religiosos y judiciales se ejecutaran en los dias en que era debido, alcanzando así una inspeccion suprema sobre todo el servicio divino, al que iban unidos íntimamente todos los demás actos importantes de la vida. En el seno de esta corporacion nacieron, por tanto, los anales, así de la historia, como del derecho de Roma; esto último, porque segun la constitucion de los tribunales romanos, no podia formarse en ellos tradicion del derecho y de las formas procesales, lo cual sólo pudo conservarse en aquel colegio. De modo que el derecho fué derecho pontifical, que, consistiendo en fórmulas principalmente, pero que hay que distinguir en muchos respectos del *derecho sacro*, probablemente más antiguo.

2.—Tocante al *Derecho* mismo, aparece asociado á esta concepcion clara, abstracta é intelectual, la idea de la *soberanía*, ejercida por la *voluntad* enérgica, la cual tiende á expresarse tambien en formas concretas y precisas. Pero la voluntad, como propia determinacion de aquel que es dueño de sí mismo, *sui juris*, es ilimitada de por sí. Así es tambien ilimitada esta soberanía en las diversas formas que reviste en el derecho civil como *potestas*, *manus*, *mancipium*, como en el *imperium* reconocido á todo funcionario: tanto, que aun allí donde funcionan juntos varios de éstos, los cónsules, por ejemplo, cada uno de ellos tiene de por sí todo el poder anejo al cargo (1). Ahora bien; el imperio ejercido por la voluntad es, como en general esta misma, una forma in-

(1) Mommsen, I, 159, hace notar que esta "rara institucion, que confiaba el supremo poder, no á los dos magistrados juntos, sino á

diferente en sí, que segun la moralidad del sujeto puede recibir una direccion moral ó inmoral, un fondo bueno ó malo. Esta forma, que el Derecho tomó entre los romanos, no es en realidad buena ni mala; y aunque tiene ya algo de petrificado, que fácilmente propende á cierta rigidez y dureza, y no asegura proteccion de ningun género contra las irregularidades, la inmoralidad y la injusticia material, con todo, no se deben tener por completamente ásperas y desprovistas de todo amor relaciones importantes de la vida romana, concernientes á lo más íntimo de ésta, como la del matrimonio, y las del padre con los hijos, por más que aparezcan dominadas por una cierta frialdad. El carácter general de este pueblo y algunos rasgos tambien de su historia (Coriolano, por ejemplo) prueban lo contrario, por lo que toca á los antiguos tiempos: de suerte que ha de reconocerse en él un buen gérmen bajo una ruda corteza. En lo tocante á los bienes, las relaciones jurídicas correspondientes, la de las deudas, por ejemplo, se muestran, sin embargo, dominadas desde el principio por una extremada dureza y egoismo, que sólo cambiaron de forma. Cuando despues, por muchas causas, fué disipándose más y más cada vez aquel buen fondo moral de la vida, no pudo este concepto formalista del derecho, ya de suyo estrecho y vacío, oponer dique alguno que resistiera á la disolucion; antes la fomentó, y la idea de dominio, que revistió todas las formas del egoismo y la codicia más calculadores, debió, por ley de consecuencia, acabar en el despotismo arbitrario de los emperadores.

---

cada uno de ellos, se mantuvo totalmente en la práctica y los romanos la conservaron luego en todas las magistraturas, casi sin excepcion." Dicha institucion era tambien una consecuencia del carácter uno é indivisible de la voluntad, que no puede limitarse por sí propia y sí sólo por principios objetivos, que el romano no tuvo presentes.

3.—Si atendemos ahora á la primitiva *vida jurídica*, hallamos, por una parte, íntimos lazos todavía entre el derecho privado y el público; y por otra, entre el derecho todo y la religion y el culto. A esta primordial relacion religiosa, alude claramente la expresion *fas* (1), sentencia de los dioses, en oposicion á *jus* (2), el vínculo que está formado más bien por la voluntad del hombre.

El primitivo derecho diferia, ante todo, por la *diversidad de clase* entre patricios y plebeyos; el derecho patricio se revela especialmente en las relaciones de gentilidad, en el matrimonio solemne por *confarreatio*, en el divorcio, la sucesion, la prohibicion del *connubium* con los plebeyos; pero el *commercium*—esto es, las relaciones jurídicas de los bienes—subsistió entre ambas clases. Los *esclavos*, que son en un principio los prisioneros de guerra y sus descendientes, podian llegar á tener algo suyo, á formar su *peculium*, y una vez emancipados, pasaban á ser ciudadanos, con tal que á la vez entraran en la clientela de su señor, cuya potestad sobre ellos era, no obstante, ilimitada, constituyéndoles en una situacion más dura que en Grecia.

Era el *matrimonio* monógamo y estaba prohibido entre parientes consanguíneos próximos. La forma con que se contraia entre los patricios era la *confarreatio* (torta de harina con sal) interviniendo el sacerdote. A este matrimonio religioso, se enlazó probablemente despues (3) la relacion propiamente jurídica de la *manus* del varon sobre la mujer, en cuya virtud pasaba ésta por completo á la familia de su marido, era en ella considerada *quasi sua, filiae loco*, y entraba el marido en posesion de todos sus bienes y derechos

(1) V. IHERING, p. 258.

(2) Sobre la verdadera procedencia de la palabra *jus*, V. t. I, p. 49, nota.

(3) Esta presuncion de LENZ, *o. c.*, pág. 144, me parece fundada en el desenvolvimiento natural de la historia romana.

absolutamente. Con dificultad se disolvia (por *diffarreatio)* un matrimonio contraido por *confarreatio*, á lo cual alude sin duda la tradicion de que el primer matrimonio disuelto lo fué en 232 a. de C. La antigua ley de Rómulo, *jus divortendi ne esto*, autorizó el divorcio sólo en caso de adulterio, provocacion de aborto, ó abandono del hogar. Cualquier otro divorcio se castigaba con la pérdida de los bienes del marido. Contrastaba con esto el matrimonio laxo de los plebeyos, pues la mujer no adquiria derecho alguno en la familia y sucesion del marido, y sus bienes permanecian completamente separados. No mediaba tampoco solemnidad alguna en su celebracion; sólo ulteriormente, á lo que parece, intervinieron en él los arúspices; aplicábase en él el principio *consensus facit nuptias*, y el sólo *dissensus* bastaba para disolverlo. Despues, llegaron los plebeyos por las XII tablas á tener un matrimonio rigoroso, semejante al de los patricios, mediante el *usus*, que, como se ha observado con razon (1) presupone ya el primitivo matrimonio libre, y nacia por el hecho de la permanencia de la mujer al lado del marido durante un año entero, sin abandonarlo un *trinoctium*. Luego se instituyó una tercera forma: la *coemtio*, cuando se introdujo el *connubium* entre patricios y plebeyos, cuyos matrimonios respectivos llegaron con esto á confundirse (2).

La mujer era considerada y honrada. Las inscripciones *Univirae et castissimae; Domum servavit, lanam fecit*, muestran en qué se hacian consistir las virtudes femeninas.

La *patria potestas* era rigorosa y ámplia. Todavia una ley de las XII tablas autorizaba al padre para matar á su hijo deforme; y los hijos podian ser vendidos por aquel, cayendo en servidumbre (pero no en esclavitud).

---

(1) UNGER, *o. c.*, pág. 73.
(2) UNGER, *o. c.*, pág. 77.

Tocante al *derecho real,* importa notar, ante todo, que primitivamente tenia el concepto de *cosa* una extension muy ámplia, comprendiéndose en él todo aquello que, por oposicion á los diversos modos del poder *(potestas, manus, mancipium)*, era *objeto* del mismo. Por esto dicen las leyes de las XII tablas: *uti legassit super pecunia tutelave rei suae, ita jus esto;* incluyendo, por tanto, á los hijos en el número de las cosas. El concepto de cosa, en sentido estricto, nació sólo despues, por oposicion al de persona. No hubo en el primitivo derecho, en punto á las cosas propiamente tales, ninguna diferencia esencial entre las muebles y las inmuebles (tan característica desde un principio en el derecho germánico). La propiedad del suelo procedia del Estado y se constituia por la distribucion *(assignatio)* y por la venta (1) de porciones del *ager publicus*. El *populus*, que en un principio comprendia sólo á los patricios, tenia la propiedad de este *ager* y cada uno de aquellos sólo la posesion y el goce, pagando por ellos al Estado un impuesto muy reducido. Pero ya Rómulo, segun se cuenta, asignó á cada ciudadano dos yugadas como propiedad trasmisible por herencia (2), espacio que apenas bastaba para casa y huerto. Pero, además, gozaba cada patricio el aprovechamiento de los nuevos territorios, que se adquirian sucesivamente por la guerra. Cuando la plebe, ya formada, entró á servir en los ejércitos del Estado, organizó Servio Tulio para los plebeyos suertes de terrenos, cuya extension llegaba á siete yugadas (3), trasmisibles y enajenables segun el derecho estricto, y libres del impuesto sobre la renta; pero inscritas en el censo y sujetas por tanto á todas las cargas que jamás pesaron sobre lo poseido en el suelo comun.

(1) NIEBUHR, II, 182.
(2) NIEBUHR, II, 177.
(3) NIEBUHR, II, 189.

La relacion puramente jurídica del señor ó dueño sobre todo objeto de derecho, concebida en su más ámplio sentido, parece haberse expresado en la idea de la *manus* (1) por

(1) En aleman puede decirse *Handrecht* (derecho de mano), segun traducen acertadamente GÖTTLING, *Historia de la constitucion social romana (Geschichte der Röm. Staatsverfassung)*, 1840, pág. 51—el cual juzga que están representadas en la *manus* todas las relaciones jurídicas *privadas*, y en el *caput* las públicas—y LENZ, *o. c.*, 154, etc. Relativamente á los etruscos, sobre los cuales debo insistir todavia, consignaré la conjetura de este último, conforme tambien con la mia (pág. 45). Dice LENZ, p. 290: "segun GÖTTLING (cuya obra es tambien de grandísimo interés para el estudio de las relaciones jurídicas), no seria sospecha desautorizada la de que los etruscos pertenecian á la familia semítica.—Como entre los judíos, se muestra tambien entre los antiguos etruscos y de un modo más acentuado que en los otros pueblos, un cierto derecho de primogenitura, por el cual alcanzan los primogénitos la condicion de *lucumones*, mientras los hijos menores reciben probablemente el nombre de *egerios* (GÖTTLING, página 32); la tierra estaba, como entre los judíos, consagrada á Dios y declarada propiedad suya (GÖTTLING, *ibid*); su escritura iba tambien de derecha á izquierda (p. 36); estaban en relaciones de alianza con los cartagineses mucho tiempo antes de su confederacion con los romanos; y aun Anibal consultó al Nekyiomanteion en el lago Averno (p. 39)."—Supongo desde luego que no pueden haber sido judíos, y sí sólo una raza semítica, como los fenicios y cartagineses. Hace tambien pensar en una lengua semítica la multitud de etimologías hebráicas, que tienen los nombres en las inmediaciones de la antigua *fossa philistina*, en el Pó como, segun O. MÜLLER *(Los Etruscos —Die Etrusker*, I, 228), ha probado MAZOCCHI en una disertacion. La opinion de RÖTH de que la cultura etrusca tan original, era egipcia en el fondo, y trasmitida por medio de los Pelasgos fenicios, y que éstos eran precisamente los Pelaschi ó Pelischti fenicios y afines á su vez de los antiguos filisteos (V. el t. I, nota 25, de la obra citada en el t. I, p. 309, nota), hallaria quizás un nuevo punto de apoyo en la *fossa philistina* (que segun Müller es un nombre tosco, y no latino.)

Cuán importante seria, para explicar de un modo satisfactorio los elementos esenciales romanos é itálicos, el hecho, probable en sí, de que en Italia (como luego tambien en Grecia) se mezclase un factor semítico con otro indo-europeo, no podrá desconocerlo nadie que sepa estimar en los influjos de la raza (y los de su cultura, por tanto), el carácter de permanencia que les es peculiar.

cuanto el coger con la mano *(manu capere, mancipare, mancipium)* es la señal visible de la voluntad, que constituye la fuente del Derecho. El principal modo de adquirir la propiedad, era la conquista: *maxime sua esse credebant quae ex hostibus cepissent.* Existe ya entonces, segun esto, una diferencia muy significativa entre las *res mancipi* y las *nec mancipi:* aquellas, relativas probablemente todas á la agricultura, y en las cuales se comprendian, por ejemplo, los inmuebles itálicos, campos y casas, los esclavos, bueyes, caballos y asnos (1), sólo podian ser adquiridas por *mancipatio publica;* en las segundas, por el contrario, bastaba trasmitir la mera posesion. En ambas especies de cosas, sin embargo, podia constituirse propiedad estricta *ex jure quiritium,* la cual tenia la garantía del Estado y se hacia valer contra cualquiera por la *rei vindicatio.* Esta propiedad estricta se adquiria en las *res mancipi públicamente,* ya por un solo acto, que era las más veces una venta figurada ante el pueblo, ó testigos que representaban á sus cinco clases *(mancipium, mancipatio, nexu alienatio,* esto es, *per aes et libram),* ya tambien por la larga posesion continuada *(usus, usucapio)* (2). En punto á servidumbres, pocas eran las constituidas por entonces.

El derecho de *obligaciones* aún estaba poco desarrollado. Los pactos, donde sólo mediaba una señal de la mútua conformidad de las partes, no engendraban obligaciones, cuyo cumplimiento pudiera reclamarse: tal pasaba con las obligaciones verbales por estipulacion y las literales. El lazo de union no lo formaba todavia la voluntad abstracta como tal; sino

(1) ULPIANO, XIX, 1; GAYO, I, 120; II, 16; 17, 29. MAINZ, *Éléments de droit romain,* Bruselas, 1845, I, p. 432. Comp. GÖTTLING, *o. c.,* p. 124, nota 10. Por esto eran los cerdos y ovejas *res nec mancipi.*

(2) HUGO, *Enciclopedia,* 8.ª ed., p. 96.—V. tambien GÖTTLING, *o. c.,* p. 125.

que, ó consistia en una superior relacion, el juramento, *sacramentum*, por la cual el que se obligaba, caso de no cumplir, se conformaba á ser *sacer;* ó en la *mostracion inmediata de la cosa*, ya entregándose ésta, ya dándose otra en su lugar, de donde la *obligatio re contrahitur.* Las compras y permutas se realizaban, dándose en el acto los objetos respectivos, sin que la compra á crédito autorizara á reclamacion alguna, ni trasmitiese tampoco el dominio. Desde que el cobre reemplazó á las ovejas y á las vacas como regulador de los valores, consistió la compra en pesar el comprador ante el vendedor y testigos la moneda convenida, y poner el vendedor en manos del comprador *(mancipare)* el objeto vendido. El préstamo se efectuaba tambien pesando ante testigos la moneda y contrayendo la obligacion *(nexus)* de devolverla, obligacion que se extinguia con iguales formas; el deudor se obligaba por el capital é interés, que ascendia de ordinario cada año á la duodécima parte del capital *(uncia,* 8 1/3 por 100) (1).

Así como el *nexum* correspondia al comercio interior, así el *mutuum* (cambio, de *mutare)*, consistente sólo en la entrega del dinero de una mano á otra, se referia al comercio con extranjeros, constituyendo, por tanto, un núcleo para la formacion del *jus gentium.* El crédito personal estaba garantizado del modo más duro y hasta bárbaro: pues el acreedor podia retener como *mancipium* al deudor insolvente; y caso de ser los acreedores muchos, despedazarlo y llevarse cada cual su parte (2). La hipoteca era desconocida en

(1) MOMMSEN, I, 105.

(2) MOMMSEN, I, 108. El derecho de despedazar al deudor, consignado aún en las XII tablas *(partes secanto)* y de cuya existencia han dudado sin motivo algunos escritores, fué una terrible verdad. MOMMSEN llega hasta opinar (109) "que el exceso en el uso de este derecho estaba previsto en las cláusulas con más cuidado del que tuvo el judío Shylok." GÖTTLING, *o. c.*, p. 323, es de otra opinion.

aquel pueblo; el acreedor se hacia inmediatamente dueño de la cosa afecta al pago de la deuda, con la obligacion de devolverla al deudor, satisfecho que fuese el crédito. El derecho privado internacional, *jus gentium*, se habia ido abriendo camino, merced á los contratos sobre pagos de los comerciantes con Cartago, y probablemente tambien gracias con la etrusca Cares.

El derecho de *sucesion* (1) se muestra bajo las dos formas: intestada, peculiar esencialmente al órden patricio, y testamentaria, en la que domina el principio plebeyo, más libre. De los dos modos de testar, ante el pueblo *(testamentum comitiis calatis*, esto es, *curiatis)*, y en el ejército, *(in procinctu)*, el primero es, como Gans ha probado, una mera adopcion testamentaria (2), parecida á la del derecho ateniense (3).

En el derecho *penal*, la esfera propia del Estado y la del ciudadano estaban separadas más distintamente que en los otros pueblos antiguos. El Estado, por lo regular, no intervenia por sí mismo, sino cuando peligraba el órden público, en los casos, por ejemplo, de traicion á la pátria *(proditio)*, y de resistencia violenta á las autoridades *(perduellio)*, y aun tambien tratándose de asesinos atroces *(parricida)*, incendiarios, testigos falsos, y los que segaban de noche los campos confiados al amparo de los dioses y del pueblo. Es-

(1) Gans, *Derecho de sucesion (Erbrecht)*, II, p. 36, distingue acertadamente tres períodos; el *primero*, durante el cual aún es latente la oposicion entre la sucesion intestada y la testamentaria; el *segundo*, en que aparece dicho antagonismo entre ambas y principia con el precepto *uti legassit super familia pecunia tutelave suae rei, ita jus esto*, extendiéndose hasta la adopcion del testamento pretorio; con ella empieza el *tercer* período, que es el de la compenetracion de ambas formas de suceder en el derecho de los herederos necesarios, y concluye al publicarse la Novela 115.

(2) Gans, II, p. 54.

(3) V. antes p. 36.

tos crímenes llevaban consigo pena de muerte. Los demás delitos ordinarios contra los ciudadanos y extranjeros residentes en Roma se reparaban por la composicion y la multa, ó la satisfaccion al ofendido, jamás con la muerte, y á lo sumo con la pérdida de la libertad.

El *procedimiento civil* era sencillo. Se entablaba la accion real en forma de una *sponsio,* en que cada uno de los litigantes consignaba, para el caso de perder, una suma, que pasaba á manos del sacerdote, empleándola éste en oblaciones públicas á los dioses. Al que era condenado y dejaba trascurrir treinta dias sin cumplir la sentencia, se le aplicaba el procedimiento ejecutivo por la *manus injectio,* entregándolo el tribunal al acreedor (si no se presentaba un fiador—*vindex*—que respondiera por él con su persona) para que éste lo tuviera como esclavo, autorizándole además al cabo de sesenta dias y despues de sacarlo tres veces al mercado sin que nadie se compadeciera de él, para matarlo, cobrarse en su cadáver ó venderlo como esclavo á los extranjeros con sus hijos y bienes (1).

En estos rasgos del antiguo derecho, se refleja ya el carácter abstracto, preciso, claro y duro que siempre conservó; pero á la vez, comparando este comienzo con la elaboracion á que llegó despues, resalta el señalado progreso que fué alcanzando en las épocas posteriores.

(1) V. antes la p. 69.

§ 3.—Segunda época.

Desde las leyes de las XII tablas, hasta el advenimiento del Imperio, bajo Augusto.

(305-723 *u. c.*—449-31 *a. de C.*)

Las leyes de las XII tablas, que llama Livio *fons publici privatique juris*, y Tácito *finis aequi juris*, fueron la base de todo el derecho ulterior, si bien los preceptos consignados en ellas tocante á las relaciones de derecho público, perdieron muy en breve su oportunidad y vigor, constituyendo hasta Justiniano el punto de enlace (1) para todas las modificaciones ulteriores realizadas por los magistrados y jurisconsultos, al intento de satisfacer las nuevas exigencias de los tiempos. Las XII tablas y el Código justinianeo representan, pues, el punto de partida y el término entre que se mueve principalmente la elaboracion del derecho por el pueblo mismo ó sus órganos.

Lo que en primer término caracteriza al código de las XII tablas, no es tanto el haber establecido un derecho nuevo, cuanto, sobre todo, haber fijado el antiguo, determinándolo con la claridad y exactitud que eran ya necesarias, é introduciendo aquellas variaciones, así en lo religioso como en lo político y en lo privado, exigidas para el fin de dar un paso más en la igualdad de patricios y plebeyos. Semejante *exaequatio juris* la iniciaron de hecho las XII tablas, y se realizó completamente en este segundo período. Cesó además con dichas leyes, por una parte, el influjo sacerdotal en

(1) PUCHTA, I, p. 192, observa con razon que "su carácter, como el de toda conclusion de un período, no está principalmente en que con él finaliza una época, sino en ser el principio de otra."

el derecho y su declaracion, y empezó, por otra parte, á distinguirse más exactamente el derecho privado del público, con que estaba fundido hasta entonces, comenzando, por tanto, la formacion independiente de aquel.

En el desarrollo que en la esfera política y civil promovieron las XII tablas, y á que dieron vigoroso impulso, proseguido luego en los períodos ulteriores, importa señalar, además del carácter de *progreso* sucesivo con que vá mostrándose el principio de la equiparacion jurídica entre patricios y plebeyos y de la resolucion gradual de ambos órdenes en la unidad del pueblo todo, otro elemento de no menor trascendencia, y es el *respeto* que ostensiblemente alcanza el derecho *formal* constituido, así político como civil, mostrándose, el pueblo y sus órganos propios, penetrados de este sentimiento: donde tiene su verdadera raíz y explicacion la dilatada subsistencia de la forma de gobierno republicana, á pesar de las violentas luchas entre patricios y plebeyos. Este rasgo característico de un pueblo, llamado en la historia con vocacion especial á la elaboracion del derecho, se refleja, de un lado, en la esfera pública, en la tenacidad persistente con que el pueblo y sus órganos, cuando fracasaban sus tentativas para ampliar su derecho, las renovaban siempre por caminos legales hasta conseguir que fuesen aceptadas; y así de grado en grado llegaban á realizar su propósito. Por otra parte, se revela tambien en el órden privado, en el modo de proceder en la formacion del derecho los magistrados y jurisconsultos, los cuales consideraban al derecho civil estricto, segun se hallaba consignado en las XII tablas, como la base fundamental y permanente; y cuando el aumento de las relaciones de la vida y del comercio exigian innovaciones, no las introducian aquellos directamente, esto es, fallando contra el precepto legal, derogándolo ó modificándolo; sino al contrario, de un modo indirecto, apelando casi

siempre á ficciones jurídicas, con lo cual se aseguraba el enlace inmediato del nuevo derecho con el antiguo.

En lo que toca á la *política,* dos fases capitales son las que presenta en el decurso de este período: una, la de la *república aristocrática;* otra, la de la *democrática,* que empieza con la *lex Hortensia* en 467, *u. c.*—A partir de la publicacion de las XII tablas, los plebeyos fueron arrancando á los patricios un privilegio tras otro, á vueltas de una larga série de esfuerzos. Ante todo, consiguieron por el tribuno Canuleyo (309 *u. c.)* el *connubium* con los patricios, que las XII tablas no autorizaban todavia; despues (310 *u. c.)*, obtuvieron que fuesen elegidas para una parte de las funciones consulares *tribuni militum consulari potestate,* con lo cual se abria tambien á los plebeyos el acceso á la dignidad consular; finalmente, el tribuno C. Licinio Stolon (387 *u. c.*, 366 a. d. C.), cuyo cargo duró diez años, alcanzó la aprobacion del último de sus tres proyectos de ley, relativos al injusto repartimiento del *ager publicus* (1), al procedimiento bárbaro con los deudores y al acceso de los plebeyos al consulado; de suerte que quedó abolido el tribunado militar, al cual rara vez habian llegado los plebeyos; y en cambio, habia de elegirse de entre ellos desde entonces, uno de los cónsules. Al consulado iban unidas primitivamente la censura

(1) PUCHTA, *Curso de Instituciones (Cursus der Instit.)*, I, §. 57, sostiene con HUSCHKE la antigua opinion de que la *lex Licinia de modo agri* no se referia á las *possessiones* del *ager publicus,* sino á la verdadera propiedad territorial. Nosotros tenemos por exacta la opinion de NIEBUHR, III, 14, etc. La tendencia capital de la ley agraria era la de impedir que nadie poseyera del campo comun, en edificios y plantíos, más de 500 yugadas, ni tuviera en los pastos comunes más de 100 cabezas de ganado mayor y 500 del menor. Si alguno poseia en el territorio comun más porcion que la señalada, debia repartirse el exceso en propiedad á todos los plebeyos, en lotes de 7 yugadas. Sobre la legitimidad y equidad de esta pretension, renovada luego por T. Graco, V. NIEBUHR, III, 425, etc.

y la pretura; los patricios, sin embargo, previendo quizás que al fin tendrian que ceder en punto al primero, habian separado ya desde la *lex Canuleja*, en 311, la censura, y ulteriormente la pretura, en 387; con lo cual los plebeyos, obtenido el consulado, tuvieron que luchar nuevamente para llegar á estas dos dignidades. La última que consiguieron, fué la del *Pontifex maximus;* aunque, en realidad, hasta el año 502 no la obtuvieron los plebeyos, el primero de los cuales fué Coruncanio.

El Senado siguió conservando el poder supremo, transformándose, sin embargo, gradualmente, merced al ingreso que en él iban teniendo los magistrados, los plebeyos, por tanto, al cesar en su cargo respectivo. Así se comprende que este cuerpo, aun contra las curias, apoyase la mocion propuesta por el dictador plebeyo A. Publilio Filon (415, *u. c.*, 338 a. d. C.): *ut plebiscita omnes Quirites tenerent,* y *ut legum, quae comitiis centuriatis ferrentur, ante initum suffragium patres auctores fierent;* por la primera parte de esta peticion, los plebiscitos (que nacian de los comicios tributos) pasaron á ser leyes, sin necesitar la aprobacion de los comicios centuriados; por la segunda, si se entiende con NIEBUHR (1) por *patres* los comicios curiados, se privó á éstos del veto contra las resoluciones tomadas por los centuriados; y aun el derecho que les asistia de sancionar ó confirmar sus acuerdos, ya que era necesario que les diesen antes su asentimiento, vino á quedar reducido á pura fórmula.

(1) NIEBUHR, III, 170. PUCHTA I, 59, estima, por el contrario, que los *patres* representan al Senado, pues supone que la segunda ley ninguna novedad introdujo; que, por el contrario, afirmó sólo el antiguo derecho del Senado de dar antes su autorizacion prévia en todas las rogaciones de leyes á los comicios centuriados, contrariamente á la innovacion introducida por la primera ley Publilia. Pero la opinion de NIEBUHR es la única que explica por qué éstas leyes fueron llamadas tan precisamente por LIVIO *Leges secundissimae plebei.*

El predominio que con esto adquirieron los plebeyos, lo concentró por fin en la plebe la *lex Hortensia* (467, *u. c.*, 286 a. d. C.), pues admitido el principio *ut eo jure, quod plebs statuit, et omnes Quirites tenerentur*, quedó abolida la confirmacion de los plebiscitos por el Senado. Por esto dice Gayo con razon: *eo modo plebiscita legibus exaequata sunt*, llegando entonces la plebe á representar la unidad del pueblo todo, unidad *democrática*, que llegó á realizarse, á la vez que alcanzó el pueblo por completo el poder de darse leyes. Subsistió, sin embargo, una limitacion de mucha trascendencia en el Estado romano, á saber: la de que el pueblo, en la paz ó la guerra, resolvia tan sólo á propuesta del Senado, pues éste siguió conservando la direccion de los asuntos exteriores.

Alcanzada de esta suerte la igualdad y unidad *políticas*, los tribunos del pueblo, que ya lo representaban por entero, no tan sólo á la plebe como antes, y cuyo poder fué engrandeciéndose, empezaron con mayor energía á proponer medidas conducentes á la mejora de la posicion social de aquel, reducido cada vez á mayor pobreza por las guerras contínuas y la usura de los ricos. Realizada felizmente esta evolucion política, se inició un movimiento de carácter principalmente *social*, que sin embargo, al intentar la curacion por medios exteriores de llagas morales que habia muy hondas en la sociedad romana, lo que hizo sólo fué despertar las pasiones del pueblo y acelerar la disolucion de la república. Por de pronto, se efectuó un cambio en la actitud de los partidos. Todos los ricos, patricios ó plebeyos, que se sintieron amenazados, se unieron entre sí íntimamente para retardar, ya que no impedir por completo, la realizacion de las mejoras sociales. La ley agraria Licinia, renovada por los Gracos en 621 y 631, y en virtud de cuyas disposiciones, encaminadas á mitigar el estado de los pobres, se autorizaba á cada padre de familia para poseer, además de las 500 yugadas permitidas

por la *lex Licinia*, 250 más, cuando tuviese hijos, no llegó á cumplirse y costó la vida á los Gracos. Sólo con frecuentes colonizaciones pudieron los pobres salir de la miseria, pues recibia el colono el dominio entero del lote que le tocaba; hasta que tambien la tierra conquistada en las contínuas guerras cayó en manos de los poderosos y ricos. Con la extension extraordinaria del imperio romano y el contínuo saqueo de las provincias, se perdieron las antiguas virtudes. La desmedida riqueza, el lujo, la servidumbre de todos los goces sensuales, por un lado; la presion de la miseria, la inconsistencia y no menor ruina de la moralidad, por otra parte, habian separado á los ciudadanos en dos clases, con diversos matices, que se destruian recíprocamente en aspiraciones tan sólo materiales y exteriores, para venir á parar al cabo, como una consecuencia natural, en el poder absoluto del imperio, que concentraba el egoismo romano en una expresion personal.

II. Las *fuentes* del derecho en esta segunda época son: 1.º Las *leyes*, en su triple forma de *leges populi, plebiscita* y *senatus-consulta;* 2.º Los *edicta magistratuum,* los *responsa prudentium;* 3.º El derecho consuetudinario, admitido por los romanos, y nacido ya inmediatamente de las costumbres, *mores majorum*, ya de la jurisprudencia de los tribunales, *rerum perpetuo similiter, judicatarum auctoritas*, *disputatio fori* (1). Consideremos estas fuentes con algun mayor detenimiento, en sí mismas y en su desarrollo:

(1) El derecho consuetudinario era concebido por los romanos en sentido más estricto que por los romanistas actuales. Tambien su division del derecho en *jus scriptum* y *jus non scriptum*, tiene otra significacion que la correspondiente en el moderno tecnicismo aleman. Así dice, por ejemplo, el §. 3.º *Inst.*, 1, 2: *Constat autem jus nostrum aut ex scripto aut ex non scripto: scriptum autem jus est lex, plebiscita, senatus consulta, principium placita, edicta, responsa prudentium.*—§. 10. *Ex non scripto jus venit quod usus comprobavit. Nam diuturni mores, consensu utentium comprobati, legem imitantur.*

1. Las *leges* se presentan en la triple forma mencionada, por existir tres autoridades investidas de poder legislativo: los comicios centuriados, los tributos y el Senado. Pero en su sentido original y estricto, sólo se llamaban *leges* las propuestas aceptadas por el *populus* (la totalidad de los ciudadanos romanos, patricios y plebeyos) en los comicios centuriados, prévio consentimiento del Senado; y de los plebiscitos y senado-consultos, se decia únicamente que tenian *legis vicem, legis vigorem*. Los *populiscita* fueron los únicos durante mucho tiempo que poseian fuerza general obligatoria, pero las *leges Publiliae*, y de un modo más perfecto la *lex Hortensia*, igualaron á los *plebiscita* (primeramente dados en los comicios tributos, organizados tan sólo entonces para los negocios comunes de la *plebs* y cuyas resoluciones no necesitaban el asentimiento del Senado) con los *populiscita*. Los senado-consultos recibieron carácter de ley en las materias jurídico privadas, hácia los últimos tiempos de la república ó en los comienzos del imperio. Las más de las leyes dictadas en esta tercera época por respecto á esta clase de materias, fueron plebiscitos, como la *lex Cincia* sobre donaciones, la *lex Furia* y la *Voconia* sobre sucesiones y legados, la *lex Aquilia* para indemnizaciones y la *Aebutia*, que introdujo un nuevo derecho procesal.

2. *Edicta magistratuum*. Los magistrados, generalmente nombrados por un año, ejercian, como órganos del pueblo soberano en los límites del cargo que les estaba confiado, una absoluta plenitud de poder *(imperium)*, de cuyo uso eran responsables al cesar en su cargo, debiendo dar cuenta al Senado ó al pueblo. Los magistrados que ejercieron mayor influjo en la formacion del derecho civil, fueron especialmente los pretores, el *praetor urbanus* y el *peregrinus*, y los ediles, á quienes pertenecia la policía. Ambas clases de funcionarios, pretores y ediles, publicaban, al entrar en el ejer-

cicio de su cargo edictos *(edicta magistratuum)*, en que establecian los principios, segun los cuales decidirian los casos que se les presentasen durante sus funciones. Por lo que concierne en particular al edicto de los pretores, tan importante para el desarrollo jurídico, se distinguen en él dos elementos. Considerado en sí mismo, era en realidad *edictum perpetuum*, ya que contenia en general una regla de carácter permanente; pero no obligando á los sucesores, si bien, como era natural, éstos mantenian siempre aquellas disposiciones que se habian mostrado convenientes y sólo cambiaban las contrarias, se llamaron *traslatitia edicta* estas reglas conservadas, por oposicion á las nuevamente establecidas, *nova edicta,* por el pretor entrante. La autoridad del edicto pretorio que, merced á su publicacion escrita, se contaba en el *jus scriptum,* no era la de la ley, ni la del derecho consuetudinario; y á consecuencia de una idea jurídica romana, que antes ya se ha indicado, radicaba en la voluntad independiente *(imperium)* del pretor, órgano en su esfera de la ilimitada voluntad del pueblo.

En el influjo del edicto pretorio sobre el desenvolvimiento del derecho privado, hay que distinguir esencialmente dos períodos: 1.º Desde la primera institucion de un pretor encargado de la administracion de justicia, hasta la del *praetor peregrinus* (387 á 508).—2.º La consideracion y elaboracion del llamado *jus gentium*, iniciada por este último, su reaccion sobre el edicto del *praetor urbanus* y el verdadero progreso del derecho romano, que con esto comienza.

En el primero, el influjo del pretor sobre el derecho procesal material, y aun sobre el formal, era muy pequeño. Cierto que no era él quien tenia que decidir por sí mismo las cuestiones jurídicas, sino el *judex*, elegido por las partes ó nombrado por el pretor; pero podia ejercer una accion importante sobre el derecho material, merced á los medios pro-

cesales. Y sin embargo, en todo este tiempo, esa accion sobre el procedimiento fué insignificante, pues en su silla curul, tenia que sujetarse á las fórmulas judiciales, *legis actiones*, exactamente atenidas á las palabras de la ley, alegadas por las partes y redactadas por los jurisconsultos *(prudentes)*; dando, en ciertas palabras solemnes, la fórmula correspondiente, en la cual tenia sólo que determinar algunos puntos relativos á la parte externa del procedimiento: por ejemplo, excluir á ciertas personas de la judicatura, cuando podian las partes elegir jueces, á más de los ordinarios, admitir ó no una fianza, etc. Sólo cuando al lado de las *legis actiones* (que á lo ménos en parte, subsistian aún) introdujo un nuevo procedimiento la *lex Aebutia* (segun Heffter, hácia 605 y segun la opinion de Puchta, mucho ménos fundada, hácia 550 *u. c.*), recibiendo el pretor la autorizacion de dar acciones que no estaban fundadas en el derecho estricto, de invalidar las de éste por medio de excepciones, etc., alcanzó aquel magistrado una importancia decisiva sobre la elaboracion del derecho. Pero esta *lex Aebutia* debe considerarse como una reaccion del *jus gentium*, aplicado por el *praetor peregrinus*, sobre el procedimiento del *praetor urbanus*.

El segundo período, se caracteriza, en primer término, por la esfera de accion más extensa y libre que adquiere el *praetor peregrinus* (instituido en 508, *u. c.*), investido de la *jurisdictio*, tanto en las controversias entre los extranjeros, como entre éstos y los ciudadanos romanos. Pues no siendo aplicables, ni el derecho civil estricto, ni las *legis actiones* en aquella clase de litigios, tenia el magistrado que guiarse por otras reglas jurídicas.

El trato de los romanos con otros pueblos, especialmente de Italia, largo tiempo hacia extendido, habia ya abierto una fuente para esta informacion en el llamado *jus gentium*. Los romanos ilustrados habian conocido en aquel trato ciertas

ideas é instituciones jurídicas que, prescindiendo de tales ó cuales formalidades, conformaban con las de su pueblo, deduciendo además su claro sentido jurídico de la naturaleza de aquellas relaciones mútuas, y para facilitarlas, formas dotadas de mayor flexibilidad y más fáciles. Estas formas, hijas al par de la razon natural y de aquel comercio con el extranjero, constituyeron lo que se llamó el *jus gentium* (1): derecho privado internacional y de relaciones, tomado como norma por el *praetor peregrinus* en su edicto; reconociendo, así en el derecho real como en el de obligaciones, nuevos modos de adquirir y nuevas formas de comercio social.

Este proceder más libre del pretor peregrino, no podia por ménos de producir una reaccion sobre la jurisdiccion de su colega el *praetor urbanus*, que funcionaba en la misma ciudad, con tanta más razon, cuanto que la necesidad de simplificar las formas era cada vez más apremiante para los mismos ciudadanos romanos, merced al incremento de las relaciones sociales. El primer fruto maduro (aunque á lo ménos tardó medio siglo) de este procedimiento, que provenia de la accion del tribunal peregrino sobre la opinion nacional, y fué aceptado por ésta, fué la *lex Aebutia*, en virtud de la cual el pretor urbano perdió aquel carácter pasivo que le estaba atribuido en la letania (*carmen*, como dice irónicamente Ciceron) de las *legis actiones* y autorizado para un procedimiento más independiente, pudiendo conceder ahora *actiones utiles* para los casos análogos.

(1) Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur partim suo proprio, partim communi omnium jure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit id ipsius proprium civitatis est, vocaturque jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis. Quod vero *naturalis ratio inter omnes homines constituit*, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque *jus gentium* quasi quo jure omnes gentes utantur. Et populus itaque romanus partim suo proprio, partim communi omnium jure utitur. Pr. et §. 1 *Inst.*, I, 2 *de jur. nat.*

Mas, por importante que fuesen estas nuevas formas procesales para una informacion más libre del derecho material, no lograron satisfacer la necesidad de modificar y completar éste. Pero el pretor urbano (á diferencia del peregrino) no podia ya aquí establecer nuevas reglas, sino que tenia que apelar á medios indirectos, por no serle lícito alterar el derecho vigente, mientras se conservaba válido y en forma. Esos medios consistian, parte, en destruir la eficacia de las acciones que nacian del derecho civil estricto, por *exceptiones*, considerando especialmente como fundamento para conceder una *exceptio* y hasta una *actio*, ciertas circunstancias morales codeterminantes de las relaciones jurídicas, como el error, el engaño, el temor y la violencia *(exceptio doli, metus, vis)* que el derecho estricto para nada tenia en cuenta, por aspirar sólo á mantener determinadas formas exteriores. Y en parte eran esos medios precauciones *(cautiones)*; concesiones de posesion *(missiones in possesionem)*; *interdicta* contra ciertos hechos arbitrarios y de propia, pero ilícita defensa; el restablecimiento á su anterior estado de un derecho perdido sin culpa *(in integrum restitutio)*; por último, *fictiones* para nuevas relaciones y casos, en que indicaba al juez resolviese segun una fórmula del derecho estricto, que producia plena eficacia, como si el caso dado, aunque por analogía no pudiese subsumirse en ella, hubiese sido previsto. Pusieron tambien los pretores las bases para un nuevo sistema de sucesiones, facilitando á ciertas personas el ejercicio de su derecho, al permitirles la posesion de la herencia *(bonorum possessio)*.

Pero no pudiendo preverse en el edicto todos los casos necesitados de proteccion jurídica, fueron constituyéndose nuevos medios para los casos nuevos tambien, segun el principio de la analogía. Así nacieron las *actiones* y *exceptiones utiles*, etc. El principio superior de que el pretor se guiaba,

era en general la utilidad comun *(utilitas* (1) *publica)* y en lo particular, la *aequitas*, por la cual los romanos no entendian un proceder determinado segun ideas subjetivas, sino nacido de la consideracion de elementos esenciales codeterminantes y adecuados á las relaciones concretas y que atendia más al fondo que á la forma: procedimiento mediante el cual alcanzaba su derecho (2) todo aquel que lo merecia *(pro dignitate)*. El edicto pretorio fué así el núcleo del derecho privado y el reverso de las XII tablas.

De este modo recibió el derecho romano, en la segunda época que nos ocupa, una forma doble: la del derecho estricto y la del pretorio. Así como la *urbs* misma se dilató trasformándose en *orbis*, así tambien fué tendiendo el contenido del derecho á contenerse en el *jus gentium*, dejando á un lado las antiguas formas del puro y simple *(nudum) jus quiritium*, como un molde antiguo y roto. Pero este progreso, conviene advertir para que se comprenda bien lo precedente, que sólo se consumó en la época inmediata; cuando Caracalla igualó á todos los súbditos del imperio, en cuanto al derecho privado: con lo cual, si es que no ya antes, cesó la verdadera funcion especial del pretor peregrino, y todos los edictos emanados de los pretores, así peregrinos, como urbanos, fueron considerados como un todo jurídico *(jus honorarium)*, seguido como tal por los jurisconsultos y

(1) Jus praetorium est quod praetores introduxerunt *adjuvandi*, vel *supplendi*, vel *corrigendi* juris civilis gratia, propter *utilitatem publicam*; fr. 7 et §. 1 D. 1, 1.—Así, por ejemplo, en el edicto, la importante *negotiorum gestio* se funda en la *utilitas*; fr., l. 1, D. 3, 4.

(2) Ciceron, *pro Murena* 12, denomina así la justicia diciendo: Justiti est æquitas, jus uni cuique tribuens pro dignitate cujusque.—Comp. sobre la equidad, la pág. 140, t. I.—Lo propiamente individual jamás, sin embargo, ha sido comprendido en el concepto romano de la equidad, pues que segun ya antes se notó aun en lo individual veian siempre lo abstracto.

reunido formalmente por Salvio Juliano (131 d. C.) por órden de Adriano, emperador. Y si en la tercera época desapareció por tanto la distincion entre ambos edictos, todavia quedó reservado á Justiniano, á fines del IV, suprimir la que existia aún entre el *jus honorarium*, contenido en el edicto, y el antiguo derecho civil, que habia descendido á la categoría de mera fuente subsidiaria, reuniéndolos con las demás fuentes en una superior unidad; por más que ciertos rasgos del antiguo dualismo sean todavia visibles en la codificacion justinianea.

3. Otra fuente de derecho constituyen los *responsa prudentium*. Los patricios fueron, durante mucho tiempo, los únicos jurisconsultos, no sólo porque eran exclusivamente los encargados de conservar el *jus sacrum*, todavia en práctica bajo muchos respectos, sino tambien porque, aun despues de las XII tablas, se reservaron misteriosamente el conocimiento de las fórmulas procesales, tan importantes en aquel pueblo, y de los tiempos y dias, *dies fasti*, hábiles para los actos judiciales. Sólo cuando Cn. Flavio, escribiente del jurisconsulto patricio Apio Cláudio, hizo públicas en 499 *u. c.* las fórmulas jurídicas coleccionadas por éste (servicio que el pueblo agradecido recompensó, nombrándolo edil), progresó rápidamente entre los plebeyos la cultura del derecho. La funcion de los jurisconsultos se desplegó entonces en dos direcciones: *a)* una *científica*, la *interpretatio juris civilis*, la cual no ha de entenderse que estaba reducida á la mera interpretacion de las XII tablas, sino que se extendia á todo el desarrollo del derecho consecuente con su espíritu, viniendo por esto los jurisconsultos á colocarse respecto del derecho civil en una relacion análoga á la de los pretores con el *jus gentium; b)* la otra funcion práctica, que ejercian emitiendo sus opiniones sobre los puntos que les eran consultados *(respondere)*, dirigiendo advertencias y

consejos á los que emprendian litigios *(cavere)*, redactando contratos, testamentos y demandas judiciales *(scribere)*. Entre todas estas funciones, importa especialmente señalar la redaccion de formularios para los negocios judiciales, que tuvo sin duda un influjo capital, contribuyendo á la mejor clasificacion de los asuntos y á que se arraigaran pronto, constituyendo tradicion, aquellas disposiciones en los contratos *(lex contractus)*, cuya utilidad habia demostrado la experiencia. De estos formularios, se hicieron muchas colecciones (p. ej., *jus Aelianum)*, que prestaron gran servicio, así á la ciencia como á la práctica. Por fin, los jurisconsultos se hicieron maestros del derecho, desde que Tiberio *Coruncanio* tomó la iniciativa. Entre los que intentaron una construccion científica del derecho, figuran Q. Mucio Scevola, Elio Caton, Servio Sulpicio Rufo y A. Ofilio. Sin embargo, la ciencia jurídica, cuando florece, es en la época siguiente.

III. Despues de considerar las fuentes, veamos ahora cuáles eran las *relaciones* jurídicas en sí mismas, y ante todo, cómo venian traidas ó condicionadas por las relaciones *éticas*.

Moralmente hablando, la primera parte de esta época es la del florecimiento de la república romana. Los plebeyos, que habian alcanzado ya la igualdad política con los patricios, llevaron á todas partes la vitalidad enérgica de sus fuerzas, mostrando en los capitanes y grandes hombres de Estado nacidos de su seno, que eran dignos de participar en el gobierno de los negocios públicos. La fé religiosa era firme todavia; las costumbres poco corrompidas; la gran libertad engendrada por el concepto que del derecho y de la soberanía tenian los romanos, aparecia templada por el influjo de buenos hábitos morales; la *censura* (1),

(1) V. Jarke, *Ensayo de una exposicion del derecho penal censorio (Versuch einer Darstellung des censorinischen Strafrechts)*, 1824.

cuya ámplia esfera abrazaba todas las relaciones éticas de la vida, castigando con frecuencia la inmoralidad, la disipacion y el mal empleo de los medios económicos, llegó á ser un verdadero órgano de la conciencia moral pública. En la agricultura, la propiedad territorial media conservó su predominio, imprimiendo á las asambleas populares el mejor sentido práctico y á los ejércitos el valor y probidad romanos.

Pero los gérmenes de mal, latentes ya en el fondo de la constitucion social y política de Roma, se desarrollaron luego con suma rapidez y grandes proporciones, al ofrecerse circunstancias favorables. Las creencias politeistas del pueblo comenzaron á vacilar, á consecuencia de las inquietudes causadas por los primeros años de la guerra con Anibal. Empezó á creerse que los dioses no eran bastante poderosos, convirtiéndose el pueblo á cultos nuevos y extranjeros. Por otra parte, no fueron ménos corruptores los triunfos obtenidos sobre los otros pueblos. Mientras el griego hallaba satisfaccion á las necesidades de su espíritu en la informacion artística de sus dioses y de los grandes hechos de su historia, el romano, más apegado á lo exterior, al ensancharse su horizonte y revelarse á la vez su insuficiencia, necesitó compensar con la pluralidad de divinidades el vacío que habia en el fondo de su vida. Con la misma facilidad con que se asimilaba en el Derecho las idèas de otros pueblos, recibió, en un vano sincretismo, á más de la mágia de los etruscos, que se difundió por entonces, diversos cultos de Asia y Egipto (Isis, Serapis), desde que entabló relaciones con el Oriente. La intervencion del senado (541 *u. c.*) no tuvo éxito; entre las clases superiores, se perdió la fé, y la supersticion y ciega fé en los milagros penetró en el pueblo. La mágia, la astrología, hasta las predicciones deducidas de la inspeccion de las entrañas de hombres sacrificados por la noche disfrutaban mayor confianza que el sacerdocio oficial. A

esta disolucion moral y religiosa contribuyó esencialmente el conocimiento del helenismo, ya degenerado. Así como el arte en general, cuando sucumbe el núcleo ético de la vida, sólo produce la decoracion exhuberante de un fondo corrompido, así el arte griego, que habia llegado á modificar al etrusco, vino á producir en Roma el refinamiento de la sensualidad. De la filosofía helénica, el epicureismo fué el sistema que alcanzó más favor.

De un modo más inmediato aún contribuyó á la modificacion del Derecho y del Estado el considerable incremento de las relaciones económicas, que por esta causa debemos examinar con algun mayor detenimiento (1).

Descansaba el poder de Roma en una sólida clase agricultora, aun cuando la fundacion de la ciudad á orillas del Tiber indica tambien cierta vida mercantil; pero la codicia de los patricios habia ya reducido á esa clase, en los siglos III y IV, á un estado de grande penuria, por sus deudas. Al extenderse la dominacion romana, recibieron algun auxilio por las frecuentes asignaciones de terrenos y por la colonizacion; los agricultores se habian aumentado y, con el incremento de la poblacion de la ciudad, la disminucion del valor del dinero y la elevacion del precio de los cereales, llegaron por algun tiempo á una situacion floreciente; mas la injusticia cometida en la explotacion de los países conquistados, y lo duro y extendido de la esclavitud, reobraron de un modo cada vez más funesto para los opresores.

Ante todo, la verdadera clase labradora se vió arruinada. Las grandes remesas de cereales, que las provincias tenian que enviar al Estado, se daban en tiempo de paz á la poblacion de la ciudad á muy bajo precio; y desde la segunda guerra macedónica, proveia el Estado al ejército con el trigo

(1) Estas importantes relaciones han sido muy bien expuestas por MOMMSEN, en las diversas épocas, *o. c.* I, 171 etc., 291 etc., 616 etc.

de las provincias. Así no podia subsistir la agricultura del país, que cada vez vino á mayor decadencia, sustituyéndola las grandes propiedades territoriales cultivadas entonces segun el sistema cartaginés, por los esclavos, cuyo número aumentó desmesuradamente. El cultivo de los cereales no era ya en general lucrativo. Sólo la ganadería, merced á su difícil trasporte por el mar, proporcionaba todavia ganancia, pero reclamaba territorios extensos. Ahora bien, estos vinieron á manos de las personas pudientes, de una parte, por cuanto el sistema de ocupacion, segun el cual, los bienes del Estado no se entregaban en propiedad, ni en arrendamiento, sino en usufructo gratuito y revocable, se extendió cada vez más y más; y las *possessiones*, á pesar de tantas protestas, se fueron haciendo en realidad hereditarias. Por otra parte, contribuyó á aquel fin la incomprensible ley *Claudiana*, ocasionada por Gayo Flaminio (536 *a. u.)*, que prohibió á los senadores ocuparse en los negocios mercantiles, como indignos de su jerarquía, obligando así á las familias ricas á emplear sus capitales en tierras. Produjo esto la decadencia y aun desaparicion de la agricultura pequeña y media y el desmesurado aumento de la ganadería. El número de esclavos especialmente dedicados á ésta, creció hasta un grado peligroso. La ley posterior, que prescribia á los propietarios territoriales emplear en sus trabajos un cierto número de hombres libres, fracasó en la práctica.

En la medida en que decayó la agricultura, se elevaron rápidamente el comercio y el tráfico del dinero. Ninguna rama fué tan activamente cultivada por los romanos, como la industria del préstamo, que llegaron á convertir casi en un monopolio en las provincias: tendencia favorecida todavia por el sistema de arrendar las contribuciones, usual en el Estado, el de ejecutar (cosa útil, sin embargo) las obras públicas por hombres de la clase media, y por lo comun, cuando

no por mandato de la ley, por medio de sociedades, merced á la mayor seguridad que de este modo se obtenia: de suerte que apenas habia un romano acomodado que no se hallase interesado en aquellos arrendamientos. Así decayó el trabajo propiamente dicho en la agricultura y en la industria manufacturera. La pereza, la especulacion ociosa y sin riesgo alguno, pero fructífera, y la codicia y sed de goces consiguientes do quiera, corrompieron todas las relaciones y trajeron al cabo, por medio de las crueles guerras intestinas entre los partidos, la disolucion de la ya manchada república.

Consideremos ahora las modificaciones de las *relaciones* jurídicas:

1.° Una nueva clase de miembros del Estado, desconocida en los tiempos antiguos y contraria al espíritu de las instituciones romanas, nació con los *súbditos* de las provincias, legado de la administracion provincial cartaginesa, de la cual se tomó la máxima de que las posesiones exteriores estaban destinadas á enriquecer al conquistador. Juntamente con esto, se desenvolvió un sistema de privilegios de los ciudadanos romanos, respecto de sus compatriotas itálicos, y de éstos frente á los extranjeros (1).

(1) Como el hombre tenia derecho en Roma, no en tanto que tal, sino en cuanto era ciudadano, el derecho de personalidad lo constituia el *jus civitatis*, cuyo contenido total consistia en los derechos civiles: *jus libertatis*, *jus gentilitatis*, *jus connubii*, *patria potestas*, *dominium quiritarium*, *testamentifactio*, *usucapio*, y los derechos políticos: *jus census*, *jus militiae*, *jus tributorum et vectigalium*, *jus suffragium*, *jus honorum*, *jus sacrorum*. Para disfrutar y ejercitar todos estos derechos, era menester reunir los tres *status libertatis*, *civitatis et familiae*, que daban lugar á la division de las personas en libres y esclavos, ciudadanos y extranjeros, *sui juris* y *alieni juris*. Ahora bien, en esta época el extranjero deja de ser enemigo *(hostis)*, trasformándose en peregrino, y Roma no le aplica ni concede su derecho, pero sí el *jus gentium*, comenzando así aquella lenta y constante penetracion de este en el estricto de Roma; y de otro lado, á la

2.° La *vida de familia* se relajó, y declinó la antigua severidad de costumbres. Cometiéronse grandes delitos en familias principales; el matrimonio perdió su rigor jurídico, recayendo la mujer raras veces *in manu mariti*. Degeneraron tambien las relaciones entre los sexos; y la disolucion de la antigua disciplina dió lugar á las terribles sociedades secretas de las bacanales: el *S. C. Marcianum* las habia suprimido (556 *u. c.*); pero su espíritu se conservó. La inclinacion al celibato fué su natural consecuencia, como lo fueron, de la corrupcion de costumbres, el aumento de la esterilidad y la frecuencia de la adopcion. La tutela de los parientes se eludia por medio de matrimonios fingidos. Las mujeres adquirieron mayor independencia en lo concerniente á su fortuna; pero no la usaron frecuentemente, sino para el lujo.—La *lex Oppia*, que intentó corregirlo, fué suprimida cuando las mujeres mismas aparecieron en el foro (546). En vano pretendió la *lex Voconia* limitar su libertad por respecto á sus bienes; los divorcios se hicieron más frecuentes. Al fin de esta época, la defensa de Clodio acusado de adulterio, descubrió ante sus jueces la profunda degradacion de la vida conyugal (1). La pátria potestad se suavizó: el hijo pudo llegar á ser *sui juris* en vida de su padre y sin caer en el poder de otra persona (2).

---

naturalizacion colectiva é individual, á las concesiones parciales de la ciudadanía de las leyes *Apuleia de colonis* (653), *Julia de civitate* (663), *Plautia Papiria* (664) y *Gelia Cornelia* (681), únese la capacidad jurídica fragmentaria que significan el *jus latii* y el *jus italicum*, que conferian una participacion mayor ó menor en el *jus civitatis*, determinando así una variedad de condiciones que vino á cesar con la célebre Constitucion de Caracalla, quien declaró ciudadanos á todos los súbditos del imperio.—(A.)

(1) Ciceron, *ad Att.* I, 16. Séneca, *Epist.* 97. *Clodius inter judices adulteria divisit.*—V. además Unger *o. c.* p. 80.

(2) En esta época se autoriza por la ley *Cornelia* (309) el matrimonio entre patricios y plebeyos; se autoriza el concubinato; se genera-

3.° En el *derecho real*, al lado de la propiedad rigurosa, se constituyó la llamada bonitaria *(in bonis esse)*, protegida por la *Publiciana in rem actio*, en vez de la *rei vindicatio*, limitada á la primera, y que nació como una *usucapio* merced á una ficcion. Aumentáronse las servidumbres en la propiedad rústica y en la urbana; y el *usus fructus* fué dejado frecuentemente por testamento. Por último, junto al derecho de propiedad, se estableció tambien el derecho de posesion (1).

liza el *matrimonio libre*, y por consecuencia se relaja la autoridad marital; se distinguen en el poder del jefe el que tiene sobre la mujer *(manus)*, el que tiene sobre el hijo y el esclavo *(potestas)*, sobre el hombre libre emancipado *(mancipium)*, y sobre el cliente *(patronatus)*; la patria potestad se limita primero por las costumbres, y despues por la ley, como lo muestra la querella de inoficioso testamento; se hace frecuente el divorcio; se extiende la condicion de *heredero suyo* al hijo emancipado; se asimila la cognacion á la agnacion; se borra la gentilidad; el matrimonio, la adopcion y la arrogacion revisten un carácter privado; en una palabra, la familia, que tiene al principio el carácter religioso, político y enérgico que alcanza en los primeros tiempos en todos los pueblos, pero que Roma supo, como ninguno, mantener y desarrollar, se trasforma dejando de ser reflejo de la ciudad, cuyo poder se revelaba en el absolutismo del *pater familias*, para adquirir un carácter privado; y separándose de la organizacion que se derivaba de la *patria potestas*, para acercarse á la que atiende á los vínculos de la sangre.—(A.)

(1) En esta época se desarrollan paralelamente la propiedad de derecho civil (dominio quiritario) y la de derecho de gentes *(in bonis)*. La primera requeria que fuera romano el propietario, parte del *áger romanus* la cosa, y romano el modo de adquirirla: la mancipacion, la usucapion, etc., y de aquí que no pudiera alcanzar á los territorios que iba conquistando Roma, así como los alcanzó cuando el *ager* se fué extendiendo mediante la naturalizacion y la concesion de la ciudadanía. Así nace en frente la propiedad *in bonis*, que era la que tenian los romanos ó peregrinos en el *ager privatus* de las provincias, con sus modos propios de adquirir, de derecho de gentes, como, por ejemplo, la tradicion y la prescripcion, que correspondian á la mancipacion y á la usucapion de derecho civil; oposicion que tiende á desaparecer mediante la fusion de una y otra propiedad, de unos y otros modos de adquirir, pero cuyos últimos vestigios llegan á Justiniano que los borra.—(A.)

4.° Gran elaboracion experimentó el derecho de *obligaciones*. Merced á la ya citada tendencia al tráfico y al comercio, muchas veces codiciosa, convirtiéronse en rigurosamente obligatorios los contratos no sólo como en la época anterior, cuando se celebraban *re*, sino cuando tenian lugar por medio de palabras solemnes, *stipulatio* ó *litteris:* en este último caso, especialmente, mediante *transscriptitia nomina*, esto es, en virtud de la anotacion ó inscripcion en el libro de gastos é ingresos que llevaba en Roma todo padre de familia acomodado; y concluyó por ser bastante el *consensus* para establecer una accion rigurosa, en ciertos contratos de tráfico (compra-venta, arrendamiento, alquiler, sociedad). Sobre el préstamo á interés se dieron varias leyes desde las XII tablas, que ya habian establecido preceptos sobre la usura. El interés máximo se redujo desde el 12 (398 *a. u.)* al 6 por 100 (408); y aun, en 413, se aprobó un plebiscito del tribuno Genucio sobre la abolicion del interés, si bien como era natural no pudo sostenerse. Las querellas penales contra usureros notarios fueron llevadas con frecuencia ante el pueblo, hallando favorable acogida. En 408, se decretó un término legal para los pagos. Pero la ley principal fué la *lex Poetelia* (429, ó algo despues), por la cual, en parte, el deudor podia salvar su libertad personal, cediendo sus bienes, y en parte se suprimió el procedimiento ejecutivo, hasta entonces sumario, en las deudas procedentes de préstamo. El derecho de prenda se desenvolvió tambien en forma de hipoteca. Sobre las obligaciones por daños injustos, se dieron tambien varias leyes y especialmente la *lex Aquilia* (1).

---

(1) Esta esfera del Derecho se desenvuelve en esta época: primero, aumentándose el número de *obligaciones civiles*, esto es, de los pactos que convertia la ley en contratos, constituyendo la clasificacion en verbales, literales, reales y consensuales, órden que es el cronológico de su desarrollo; segundo, naciendo las *obligaciones honorarias* con

5.° El derecho de *sucesion* sufrió una modificacion de importancia por la *bonorum possessio*, introducida por el pretor en pró de las personas á las cuales la *aequitas* parecia atribuir la herencia. Por las XII tablas, se daba á los testamentos privados la misma fuerza que á los que anteriormente se celebraban ante el pueblo. De esta suerte, se eludió el vínculo del parentesco y se consagró la libertad individual respecto de los bienes: libertad que, sin embargo, recibió en cuanto al testamento una limitacion por el derecho de los herederos necesarios (1).

---

el establecimiento de los *pactos pretorios*, los cuales, paralelamente á los contratos, se perfeccionan *re*, *verbis*, *consensu*; tercero, mediante ciertos efectos jurídicos, que el pretor dió á las *obligaciones naturales* ó *pactos nudos*, que nunca confundieron los romanos con los deberes meramente morales; cuarto, por la modificacion en la ejecucion de las obligaciones por la ley *Papiria de nexu* (427) que abolió la servidumbre del deudor, por lo cual decia Montesquieu: "el crímen de Sexto dió á Roma la libertad civil; el de Papirio (que maltrató á un deudor) le dió la libertad civil", y la Julia *de bonis cedendis*; y por la restitucion *in integrun* introducida por el pretor, ya en favor de los menores de edad, ya de los mayores, como cuando sostenia una pretension que segun el Derecho estricto debia desaparecer ó impedia nacer otra que conforme á aquel procedia. En suma, la obligacion pierde en gran parte el carácter del primitivo *nexum*, las solemnidades se simplifican, y, mediante el pretor, tambien en esta esfera el Derecho de gentes vá penetrando en el civil.—(A.)

(1) En esta época á las antiguas formas del testamento se sustituye la pretoria; limitan la facultad de disponer por testamento las leyes Furia, Voconia y Falcidia, ésta ya en tiempo de Augusto, sirviendo más tarde de base á la introduccion de las legítimas; se establece la querella de inficion testamento; se conceden á los herederos, segun su condicion, los beneficios de abstencion, de separacion y de deliberacion; y el pretor crea todo un sistema sucesorio paralelo al de derecho civil, dando la *bonorum possessio secundum tabulas* ó *contra tabulas*, ó llamando á la intestada á personas excluidas por el antiguo derecho, como hijos emancipados, cognados, etc., mediante los edictos *unde liberi*, *unde legitimi*, *unde cognati*, etc., iniciando así el nuevo sentido de la sucesion, que continuó desenvolviéndose durante el imperio y terminó en la famosa Novela 118 de Justiniano,

6.º La *administracion de justicia*, que en Roma, ni aun siquiera despues de la institucion de la pretura, especialmente investida de esta funcion, estuvo jamás perfectamente separada del poder ejecutivo, se dividia, en los *judicia ordinaria*, en los dos grados que desde antiguo existian, á saber, el procedimiento *in jure* y el *in judicio*. El primero tenia lugar ante el pretor (y los ediles), el cual podia sin embargo, cuando todos los hechos estaban claros, condenar desde luego ó no admitir la demanda; pero cuando, segun acontecia en los más de los casos, se disputaba sobre aquellos, enviaba á las partes ante el *judex* (1), con una fórmula (2) que contenia el punto de derecho, y segun la cual tenia éste que decidir. Al juicio, pues, del *judex* no pertenecian meramente los hechos (como en el fondo acontece tambien en el procedimiento por jurados, con el cual se ha comparado frecuentemente esta institucion romana), sino tambien la relacion de los hechos con el punto de derecho. Por el contrario, en los *judicia extraordinaria* ó *cognitiones extraordinariae*, que llegaron á ser regla general en el imperio, especialmente desde Diocleciano, no tenia lugar esta separacion, resolviendo el pretor inmediatamente por sí mismo los casos que se presentaban en

---

en la que con el llamamiento de descendientes, ascendientes y colaterales viene á consagrar lo que se ha llamado la familia *natural* en oposicion á la *civil* que determinaba las órdenes de suceder de herederos suyos, agnados y gentiles de las Doce tablas.—(A.)

(1) Los jueces que entendian *in juditio* eran los *centumviros*, los *jueces* y *árbitros*, distincion que dá lugar á la division en acciones de estricto derecho y de buena fé, y los *recuperatores*.—(A.)

(2) La fórmula tenia, por lo general, estas tres partes: la *demonstratio*, asunto de que se trataba; *intentio*, pretension que se aducia, y *condemnatio*, poder que se daba al juez para absolver ó condenar. La diferencia esencial entre el sistema de las *actiones legis* y el *formulario*, consistia en que las partes escogian las primeras por su cuenta y riesgo, mientras que la segunda era el pretor quien la daba y formulaba.—(A.)

las medidas urgentes de proteccion ó de coaccion, ó en las disposiciones preventivas. Dominaron por mucho tiempo en el procedimiento las *legis actiones* (la significacion de este nombre es incierta, segun Gayo), esto es, ciertas formas sacramentales, que fueron cinco: *per sacramentum*, *per postulationem*, *per condictionem*, *per manus injectionem* y *per pignoris capionem*. En su lugar, la *lex Aebutia* introdujo el verdadero sistema formulario, instituido por mucho tiempo *ad fictionem legis actionem;* pero que despues recibió formas cada vez más libres y aplicables á todos los casos (1). Menores fueron los cambios que tuvieron lugar en el derecho *penal*, pero no los de su procedimiento, especialmente por la institucion de los tribunales permanentes, *quaestiones perpetuae* (2). Sin embargo, no recibió un desarrollo verdadera-

(1) Sobre este asunto V. especialmente Keller, *Exposicion sumaria del procedimiento civil romano y las acciones (Der röm. Civilprocesz und die Actionen in summarischer Darstellung*, 1852 (*a*).—Así como el derecho romano en general se caracteriza por su aspecto formalista, así tambien en el procedimiento se aspiró constantemente á fórmulas exactas y á la mayor precision en las expresiones. Gayo, II, 11.—La analogía que el pueblo romano tiene en tantos respectos con el inglés, se muestra tambien en esto.

(2) Las *quaestiones* eran una delegacion que hacian los comicios en jueces determinados para entender en casos particulares por la imposibilidad de que aquellos entendieran en todos; y cuando los delitos se hicieron numerosos, se introdujeron tribunales permanentes para que entendieran en los crímenes más frecuentes: de aquí las *quaestiones perpetuae*, que se fueron generalizando y conocieron de todas las causas criminales hasta el establecimiento del imperio. El juez presidia y dirigia el procedimiento; el jurado declaraba la inocencia ó culpabilidad del acusado. El número de indivíduos que componian éste era, segun los casos, treinta y dos, cincuenta, setenta, setenta y cinco, etc. Al principio, los *judices* se escogian sólo de entre los Senadores, despues del órden ecuestre (630), luego de ambos órdenes (647), etc.—(A.)

(*a*) Traducida al francés (1870), así como la *Hist. del procedimiento civil entre los rom.*, de Walter (1841) y el *Tratado de las acciones*, de Zimmern (1846). Se cita despues como el mejor un libro de Becker.—(*N. T.*)

mente fundamental y se convirtió con frecuencia en instrumento de los partidos políticos (1).

§. 4.—Tercera época.

Desde Augusto á Constantino.

(31 *a. de C. á* 325 *de C.)*

I. El establecimiento del imperio por Augusto condujo al Estado, tan destrozado por las facciones, y removido por las pasiones de todas clases, á gozar por algun tiempo de la paz tan anhelada. El nuevo poder unitario tuvo por esto una tendencia puramente exterior é intentó obrar sólo por medio de medidas de igual carácter. Sin vigor moral en sus órganos, ni en el pueblo, tenia necesariamente que caer pronto en el egoismo, la sed de goces, de poder y de mando, que llegaron á preponderar en todos. El imperio no fué sino la imágen concentrada del espíritu nacional romano, la expresion potenciada de su inmoralidad y sus pasiones; y la ruina que aquel pueblo habia sembrado en tantos otros por su afan de poder y de dominacion, por la explotacion y el saqueo, haciéndolos esclavos de sus placeres, se volvió ahora contra él mismo: la injusticia de siglos debia expiarse por sufrimientos seculares tambien. El principio subjetivo de la voluntad, fundamento de la vida jurídica y política de Roma, se habia desbordado, ante todo, en la anchura de la soberanía democrática, y concluyó al cabo por absorberse, como en su más completa subjetivacion, en el soberano albedrío de los emperadores. Aun el vicio capital de la religion de aquel pueblo tenia que reflejarse tambien aquí. El politeismo habia restringido, empequeñecido y hu-

(1) Comp. MOMMSEN, *o. c.* p. 290.

manizado lo divino: no era, pues, maravilla que lo finito y humano concluyera por divinizarse, y que la soberbia de un hombre como el emperador lo elevara á la condicion de un Dios. Los pocos emperadores buenos, como especialmente Trajano, los dos Antoninos, Alejandro Severo, no son sino relámpagos de aquel poder, verdaderamente insensato, y testimonios de que no se habia extinguido por completo el sentido del bien, al cual podia reanudarse el espíritu divino del Cristianismo.

En esta tercera época, se concentran gradualmente todas las dignidades y poderes en el emperador, aun cuando en los primeros tiempos las antiguas instituciones subsisten en el nombre. Ya Augusto se dejó conferir una tras otra la *tribunitia potestas*, y con ella la inviolabilidad y el veto, el *proconsulare imperium*, la *praefectura morum*, la dignidad de *pontifex maximus*, etc. Pero pronto desaparecieron tambien aquellas formas antiguas. Ya Adriano dió al Imperio una organizacion puramente monárquica, que, en el sistema de administracion introducido por Diocleciano, recibió un carácter despótico oriental. Los jurisconsultos de esta época establecieron la doctrina de que el pueblo romano, en una llamada *lex regia*, habia trasferido al emperador todo su poder y su fuerza (1); pero esto no aconteció, segun acabamos de notar, de una vez, sino poco á poco.

Pero en la misma proporcion en que el derecho y la vida públicos cayeron en el despotismo, se elevó el estudio del derecho *privado*, al cual se ciñeron ahora las mejores fuerzas intelectuales. El progreso material, que este derecho recibió

(1) §. 6. J. (I, 2.) *De jure nat.* "Sed et quod principi placuit, legis habet vigorem; cum lege regia quae de imperio ejus lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem concessit."—GAYO, I, 5, dice sólo: "Constitutio principis—nec unquam dubitatum est quin legis vicem obtineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat."

entonces, se funda, en parte, en la mayor amplitud de la *experiencia* jurídica; en parte, en la cultura *filosófica*, que se difundia cada vez más, y que habia penetrado en la clase de los jurisconsultos, especialmente con el estoicismo, que contenia tantos principios prácticos humanitarios; además, en la aspiracion *igualitaria* propia del despotismo y favorable para concertar las muchas contradicciones que todavia subsistian en el derecho privado; por último, en la general y pervertida aspiracion á *adquirir* fortuna, á la cual servian todas las facultades espirituales, y de que debian nacer mejores, más y más seguras formas (1). Que hácia el fin de esta época tambien habia penetrado en la atmósfera espiritual el Cristianismo y cooperado á ciertas reformas, aunque más bien, en las relaciones generales de la personalidad, es cosa que difícilmente podria dudarse. Así como, en la época anterior, el derecho pretorio constituia el órgano preponderante del progreso, lo es en ésta la *ciencia jurídica*, cuyo carácter determinaremos con algun mayor detenimiento, despues de

(1) Muchas veces ha causado admiracion el singular hecho de la bondad de aquel derecho privado, en medio de la universal decadencia y se han indagado sus causas. V. SAVIGNY, *Hist. del der. rom. en la Edad Media (Gesch. des röm. R. im Mittelalter*.—T. I, p. 4 etc.)—GANS, *Der. de suc.* I, p. 8, ha hecho notar, aunque no de una manera exclusiva, una razon profunda en que antes no se habia pensado. Dice: «La decadencia de aquella época, de la cual constituiria ese derecho privado una gloriosa excepcion, en nada se muestra con mayor energía que en este mismo. En efecto, en su desenvolvimiento, se advierte el retroceso de los romanos, desde la esfera de la vida pública al egoismo privado; y si el concepto de la Roma republicana es la codicia del poder, por todos lados, la de la Roma imperial es peor, porque esta codicia se ha convertido y hecho más dura en la de propiedades y riquezas. El desarrollo jurídico privado de aquel tiempo debe considerarse como respondiendo á la más urgente necesidad de un modo tan ansioso, como las formas de la vida pública en la anterior. Pretender deducir de esto una gloria, seria querer alabar que este mismo derecho privado sea en el que la idea nacional se manifiesta tan exactamente.»

examinar brevemente las fuentes á la sazon del derecho privado.

II. Dichas *fuentes* son:

1. Hasta los tiempos de Adriano, hallamos todavia *leges populi* y *plebiscita*, dados á propuesta del emperador. La más importante de las primeras fué la *lex Julia et Papia Poppaea* (762 *u. c.*), que Augusto tuvo dificultades para establecer, y cuyo fin era aumentar la poblacion, disminuida por la inmoralidad y las guerras civiles, señalando ciertos perjuicios para los célibes y matrimonios sin hijos *(orbi)*.

2. Los *senatus consulta* son entonces muy importantes para el derecho privado: por ejemplo el *s. c. Macedonianum* el *Velejanum*, etc. Pero Caracalla suprimió por completo el poder legislativo del Senado.

3. Los *edicta magistratuum* continuaron siendo una fuente importante en los primeros tiempos; pero las constituciones imperiales procuraron cada vez más borrar la oposicion entre el *jus civile* y el *jus honorarium*. Primeramente, Adriano hizo reunir (131 de C.) en un todo los dos edictos del *praetor peregrinus* y del *urbanus* por medio de Salvio Juliano, despues de una revision prévia y de haberlos completado probablemente con ciertas disposiciones del *edictum provinciale* y con el edilicio, proclamándolo en Roma y en las provincias como instruccion para todas las autoridades judiciales. Esta obra de Juliano, que á poco recibió el nombre por antonomasia de *edictum perpetuum*, obtuvó gran respetabilidad y fué la base de los trabajos y comentarios posteriores de Ponexonio, Ulpiano, Paulo, Saturnicio y Gayo.

4. Una nueva é importante fuente formaban las *constitutiones principum*, denominacion general para todo lo que provenia del gabinete del emperador; pero sus especies, muy diversas, eran: 1) *Edicta*, ó leyes generales *(constitutiones ad omnes, leges generales)*; 2) *Rescripta* en estricto sentido,

ó sean meras respuestas que el emperador daba á ciertas cuestiones jurídicas que se le proponian; 3) *Mandata*, ó instrucciones á las autoridades imperiales; 4) *Decreta*, ó juicios pronunciados por aquel en las controversias que le estaban sometidas.

5. Importantísimo influjo en la elaboracion del derecho privado tuvieron en esta época, no tanto los *responsa prudentium*, como la ciencia del dereho, en parte dependiente, en parte independiente de éstos.

a) Los *responsa prudentium*, inmediatamente dirigidos á un fin práctico, recibieron tambien de Augusto mayor importancia, por haber éste autorizado á ciertos jurisconsultos de nota *ut ex auctoritate ejus publicae de jure responderent*, y por consiguiente venian en cierto modo á dar sus respuestas en nombre del emperador. Estos jurisconsultos se llamaron entonces *juris auctores seu conditores*, y tambien *prudentes* por antonomasia. En tiempo de Adriano, se estableció el principio de que la concordancia en las opiniones de estos prudentes obligase á los jueces segun estas *sententiae* con fuerza de ley, y que sólo en caso de divergencia debieran decidir á su arbitrio, pero siempre de acuerdo con alguna de las opiniones contrarias. Por último, despues de varias tentativas que en la época inmediatamente posterior tuvieron lugar para dar mayor seguridad á la aplicacion del derecho, y disminuir las controversias, dictó Valentiniano III (426) la llamada ley de citas (1).

b) No ménos importante llegó á ser el influjo de los juristas desde que los emperadores, á partir de Augusto, reunieron á su alrededor un *consilium* permanente de los más renombrados (llamado más tarde *consistorium principis)*, en el cual se discutian y redactaban las constituciones de los emperadores, en general sumamente ilustradas.

(1) V. más adelante §. 5.

c) Al lado de esta eficacia propiamente oficial de los jurisconsultos, recibieron sus trabajos científicos una importancia todavia mayor. El material jurídico, siempre creciente y constituido por elementos muy varios, necesitaba una refundicion más fundamental que los reuniese y simplificase, y para la cual los jurisconsultos habian adquirido la capacidad necesaria, por su larga práctica y la amplitud de sus horizontes jurídicos, así como su mayor educacion filosófica. La instruccion teórica se habia asociado á la actividad científica, y este nuevo órgano del derecho, que vino á compensar la *viva voz* del derecho pretorio, ya muy debilitada, influyó doquiera con poderoso estímulo, y reunió bien pronto en torno de los más importantes maestros un círculo de discípulos, donde se formó la numerosa y espléndida cadena de jurisperitos, que admiramos en la primera mitad de este período.

Ya, en tiempo de Augusto, dos hombres ilustres habian formado dos escuelas que (prueba del progreso de la ciencia) comenzaron á distinguirse por los principios que las dirigian: Antistio Labeon y Ateyo Capiton, que divergian entre sí, tanto en opiniones políticas como jurídicas (1). Labeon,

(1) Sobre el espíritu y tendencia de estas dos escuelas, se han expuesto diversas opiniones hasta los últimos tiempos, en los que, frecuentemente, se ha intentado considerarlas como un modelo de la actual division entre la escuela filosófica y la histórica. Esta clase de paralelos jamás son exactos. Prescindiendo de que la diversidad de principios, de ningun modo podia caracterizarse tal como en nuestra época, y de que la escuela de Capiton distaba harto de carecer de educacion filosófica, se puede decir, en verdad, que hasta cierto punto una de ellas tenia más bien carácter filosófico é histórico la otra; pero si se comparan las principales controversias entre ambas (v. gr., sobre la eficacia de las condiciones ilícitas en los contratos y testamentos), se halla que la supuesta escuela filosófica trata las cuestiones á menudo de un modo enteramente *abstracto*, mientras que la otra considera exactamente con mayor frecuencia lo diverso de las circunstancias.— Los más importantes pasajes de los antiguos que se refieren á estas es-

heredero del sentido de su padre, amigo de Bruto y Casio, mostró en su modo de tratar el derecho una intencion más libre, alcanzada por medio de una cultura más universal y de una más profunda educacion filosófica, todo lo cual le permitia comprender mejor el fondo de las cosas, sin atenerse estrechamente á la letra, y derivar de aquí, confiando en la fuerza del espíritu científico, consecuencias ulteriores para el progreso del derecho. Ateyo Capiton († 22), por el contrario, hijo de una familia recientemente elevada, y, no solo devota al nuevo poder, sino que, por falsa adulacion hácia Tiberio, contrarió algunos buenos propósitos de éste, se atuvo principalmente á las doctrinas tradicionales, procurando desenvolverlas en su propio sentido. Las escuelas fundadas por estos dos hombres no recibieron su denominacion de ellos, sino de algunos de sus más distinguidos secuaces. Así los partidarios del primero se llamaron *proculeyanos* y tambien *pegasianos*, de Lucinio Próculo y de Pegaso; y *casianos,* y más especialmente *sabinianos*, los de la segunda, de Casio Longino ó Masurio Sabino. La oposicion entre estas dos tendencias, que subsistió largo tiempo y se expresó en importantes discusiones, fué mantenida por sus discípulos, aunque no sin cierta independencia; antes al contrario, vemos que así como no permaneció inmutable el sentido político de

---

cuelas y sus fundadores son los siguientes: POMPONIO, en fr. 2. §. 47. *De origine jur.* t. II: «Hi duo primum veluti diversas sectas fecerunt; nam Atejus *Capito* in his quae ei tradita fuerant, perseverabat; *Labeo* ingenii qualitate et fiducia doctrinae, qui et ceteris operis sapientiae operam dederat, plurima innovare studuit.—GELIO (XII, 10) dice algo difusamente de Labeon «Labeo ..... ceterarum quoque bonarum artium non expers fuit et in grammaticam sese atque dialecticam literasque antiquiores altioresque penetraverat, latinarumque vocum origines rationesque percalluerat, eaque praecipue scientiae ad enodandos plerosque juris laqueos utebato.»—El sentido jurídico-político de Labeon, lo retrata su adversario Capiton en una carta (GELIO, XII, 12). Sobre ambos, véase PUCHTA, *o. c.* §. 98.

los continuadores de una y otra direccion, así tambien, en ciertos casos, las opiniones de una de ellas eran aceptadas por los de la otra. Posteriormente, hácia la época de Adriano, vinieron á templar más aún su discordancia; mas no porque naciera, como en algun tiempo con error se ha creido, una tercera escuela que se ha querido ver en los jurisconsultos designados con el nombre de *miscelliones* ó *erciscundi*. A la escuela de Labeon, pertenecieron los dos Nerva (padre é hijo), Próculo, Pegaso *(s. c. Pegasianum)*, Celso (padre é hijo), Ineracio Prisco; á la de Capiton, Masurio Sabino, C. Casio Lorgrino, Celio Sabino y Aboleno Prisco, Salvio Juliano, Sexto Pomponio y Gayo. Con Alejandro Severo, termina la edad florida de la jurisprudencia; y con el creciente decaimiento de la vida política, se extingue tambien la actividad de la ciencia.

Habíase ésta manifestado especialmente en la redaccion de cuestionarios, resúmenes, *institutiones* (Gayo, Paulo), *libri juris civilis*, *Digesta*, ó por comentarios sobre toda una fuente jurídica (v. gr., los de Labeon y Gayo sobre las XII tablas) y en particular sobre el edicto (como los *libri ad edictum* de Sabino, Gayo, Ulpiano y Paulo). Pero, de este gran número de obras, no han llegado hasta nosotros sino muy pocas, en su forma original: por ejemplo, un fragmento de una obra de Ulpiano (1), hoy llamado pura y simplemente *Ulpiani fragmenta;* además, los fragmentos encontrados en Viena de las Instituciones de este mismo jurisconsulto (2); y singularmente los *Institutionum quatuor commentarii* de Gayo (3), descubiertos en 1816 por Niebuhr en un palim-

(1) Las mejores ediciones críticas son de HUGO (Berlin, 1834) y de E. BÖCKING (Bonn, 1845).

(2) ENDLICHER, *de Ulpiani institutionum fragmenta*, Viena, 1835.

(3) GÖSCHEND y HOLLWEG descifraron el antiguo escrito borrado; los posteriores trabajos de BLUME, LACHMANN, BÖCKING y HEFFTER se encuentran en la edicion de GÖSCHEND de 1820 y 24, modelo de aplicacion y exactitud.

psesto del Cabildo catedral de Verona y que han suministrado las más importantes aclaraciones sobre muchas materias del derecho romano y del procedimiento civil, hasta entonces poco conocidas (1).

Los grandes jurisconsultos que aparecen, especialmente desde Adriano hasta Alejandro Severo (117-23), y á los cuales se debe ante todo la fundacion y determinacion científica del derecho, son: 1.º Salvio Juliano (reinado de Adriano), famoso por su composicion del *Edicto;* 2.º Sexto Pomponio, del cual poseemos en el *Digesto* un breve resúmen de la historia del derecho romano; 3.º Gayo ó Cayo, cuyo segundo nombre es desconocido (bajo Adriano y Antonino Pio), que gozó de grandísima respetabilidad y es el autor de las *Instituciones* descubiertas en los tiempos modernos; 4.º Emilio Papiniano, más célebre entre todos, tanto por su carácter moral, como por su ciencia, amigo y primer hombre de Estado ó ministro *(praefectus praetorio)* de Septimio Severo († 211) y sacrificado por mandato de su hijo Caracalla, por no haber querido justificar ante el Senado (2) el asesinato cometido por él en la persona de su hermano Geta; 5.º Julio Paulo (3), que

(1) Gayo es el último Sabiniano de importancia.

(2) V. el principio de Papiniano sobre el imposible moral, que él mismo confirmó con su muerte, p. 56, nota (1) t. I.

(3) Los modernos historiadores del Derecho no tratan ya de la cuestion, todavia sin resolver, sobre el orígen de Papiniano y Paulo, por más que esta cuestion tenga un valor mucho mayor que tantas otras á las que se atribuye indebida importancia: pues de manera ninguna es indiferente saber si el espíritu romano se ha elevado por sí mismo á ese grado superior científico que se muestra especialmente en Papiniano y sus dos sucesores, Paulo y Ulpiano, ó si cooperó entonces á ello el de algun otro pueblo. Véanse sobre esta cuestion en el sumario de HEINECCIO *Historia juris civilis*, 1765, §§. 327, 335 y 340.—El orígen siro-fenicio (semítico, por tanto) de Ulpiano se halla fuera de duda. Segun las mayores probabilidades, Papiniano es tambien siro-fenicio; y si es cierto que á Paulo lo reclama Pádua y le ha levantado un monumento, varios escritores lo tienen por tirio y otros por griego.

perteneció ya al Consejo de Septimio Severo y fué asimismo prefecto del pretorio bajo Alejandro Severo; fué el escritor más fecundo: los pasajes de escritos suyos forman quizá la sexta parte del *Digesto;* 6.° Domicio Ulpiano, de orígen fenicio, prefecto del pretorio tambien bajo Heliogábalo y Alejandro Severo y asesinado por la guardia pretoriana, es, despues de Papiniano, el más importante: sus escritos han suministrado como una tercera parte de la materia del *Digesto;* 7.° Heremnio Modestino, discípulo de Ulpiano y que cierra la série de los jurisconsultos clásicos. Los cinco últimos formaron despues las cinco autoridades, cuyos escritos debian tener formalmente fuerza de ley, por la llamada *ley de citas* de Valentiniano III (antes de 426).

III. Si ahora consideramos el *desarrollo* del Derecho mismo, ante todo por relacion al estado moral en general, hallaremos en esta época clara prueba de que jamás el derecho meramente por sí, ni su perfeccionamiento formal, pueden contener la decadencia espiritual de un pueblo; á lo ménos, cuando en todas sus esferas los principios que se aplican provienen del puro arbitrio, de la soberana voluntad, del absoluto imperio sobre personas y cosas, extraño á todo respeto moral, que en el Estado romano condujeron á la propia corrupcion y á la ajena. Pues, aunque en el derecho privado, donde sólo se ofrecen aquellas máximas como formas abstractas, parecen disminuirse y casi borrarse sus efectos, por lo innumerable de sus indivíduos, como personas privadas, vienen siempre á manifestarse más tarde ó más temprano, hallando una expresion general en las costumbres públicas. La acertada opinion de que el Derecho constituye un lado y aspecto de las costumbres generales de la nacion, habria debido hallar aplicacion desde hace mucho en el de Roma y conducir á un juicio más exacto de éste, aun en la época que ahora examinamos.

La nivelacion qae el despotismo imperial intenta en dicha época, imaginándose hallarse tan por cima de todos, que desde su altura los puede mirar como iguales y que aún se dirige con preferencia, y acompañado del aplauso del pueblo corrompido, contra los ricos y notables que todavia sobresalen, sirve sólo para arrastrarlos, á unos y á otros, en el mismo vértigo de perdicion. Quién fuese peor, si el emperador tenido por libre de toda ley *(omnibus legibus solutus)*, ó el prostituido Senado, ó el pueblo abyecto, difícil es con Tácito decidirlo. Jamás ha ofrecido la historia un ejemplo más terrible de una disolucion completa de todos los anteriores vínculos morales, una disipacion del gérmen interior de la vida, de tal modo, que aun el Cristianismo, cuando más tarde llegó á ser religion del Estado, fué impotente para reanimar allí una vida mejor y tuvieron que venir pueblos todavia groseros, pero llenos de vigorosa energía, como los germanos y los eslavos, para constituirse en órganos de las superiores ideas religiosas y morales, despues de la caida del Imperio (1).

Los cambios que en esta época experimenta el Derecho, consisten, ante todo, en su desenvolvimiento científico formal, así como en el progreso de la tendencia á asimilar cada vez más el derecho estricto y el *jus gentium*. En la esfera de la personalidad, ofrécense, con todo, importantes modificaciones, en parte por consecuencia de la nivelacion propia del Imperio á que hace poco aludíamos; pero en parte tambien por las ideas más humanitarias que la filosofía, especialmente el estoicismo, habia difundido entre los jurisconsultos de que los emperadores se aconsejaban y que á menudo con-

(1) Sobre esta impotencia de Roma para recibir el Cristianismo, véase tambien el artículo de MONTALEMBERT: *L'Empire romain après la paix de l'Église* (323), en la *Revue des deux Mondes* de 1.º de Enero de 1855.

tenian su dureza. Algunos nobles emperadores, como Marco Aurelio, se adhirieron á esta doctrina. Cierto que el estoicismo, que en una especie de soberbia intelectual se retrajo y concentró todo en el heroismo del sufrimiento, ante el mundo entregado al fatalismo, era incapaz de producir la regeneracion moral de la sociedad; pero sus representantes no han dejado de promover, siempre que lo pudieron, el reconocimiento de mejores principios (1). Asi aconteció principalmente

(1) En esta cuestion del influjo de la filosofía, en otros tiempos casi universalmente reconocido, pero que algunos escritores modernos, especialmente de la escuela histórica vienen punto ménos que á negar del todo (PUCHTA, *Int.* I, §. 103), hay que distinguir, de una parte, el verdadero elemento filosófico y el meramente lógico formal, distincion que hace Puchta, pero sin aplicarla luego convenientemente; y de otra, la esfera del derecho de las personas y la de los bienes. Ahora bien; en general, desde los escritos de Ciceron, que refunde y extiende de una manera popular y en el más ámplio círculo la filosofía griega y que pertenece á la clase de los jurisconsultos, hallamos muchos principios que, así podrian haber nacido sobre el suelo del derecho romano, esto es, derivarse de sus ideas fundamentales, como podria nacer una rosa de la semilla de un cardo. Á aquel género pertenecen las ideas que ya en otro lugar se han indicado (p. 61 y 79, t. I), como *justitia est ars boni et aequi*; el *honeste vivere*, la bella sentencia de Papiniano, que ya encontró aplicacion bajo el emperador estóico Marco Aurelio, *quae facta laedunt pietatem*, etc. (V. p. 56, t. I); la expresion de Ulpiano *justiam colimus et boni et aequi notitiam profitemur*, etc., p. 61, t. I; las ideas de la *aequitas*, p. 83, y de la *naturalis ratio* (Gayo I, 1, 189; II, 66, 69, 79; l. 9 D. I, 1—comp. l. 1, pr. D. 41, 1, donde se dice: *antiquius jus gentium cum ipso genere humano proditum est*, etc. En muchos principios v. gr., el *honeste vivere*, afirma sin embargo PUCHTA (§. 102) con toda razon que esta reminiscencia posible de los estóicos "puede decirse que absolutamente ningun influjo ejerció sobre el verdadero contenido jurídico de la actividad de los juristas." No es esta una acusacion al estoicismo; sino ante todo contra los juristas, que sin acordarse del antiguo derecho del censor, sériamente usado y que se referia al *honestum*, no supieron qué hacerse con una idea tan importante. Todavia más se dirige contra el derecho romano, al cual, en todo caso, se habria hecho violencia con semejante principio, y que se distingue por esto esencialmente del de-

por respecto á la esclavitud y á la pátria potestad; mientras que, en las restantes partes del derecho privado, el espíritu filosófico influyó de un modo general tan sólo en la construccion y elaboracion de la ciencia jurídica.

IV. Consideremos ahora las relaciones *especiales* jurídicas.

Por lo que concierne á los habitantes del imperio romano, recibieron todos los súbditos el derecho de ciudadanía por la disposicicion que Justiniano (1) atribuye á Antonino Pio, pero que ya habia sido adoptada por Caracalla, facilitándose de esta suerte todavia más la evolucion del derecho estricto hácia el *jus gentium*.

La *esclavitud* se suavizó de una manera esencial y por principios. Ya Cláudio habia dispuesto que los esclavos enfermos, abandonados en la isla de Esculapio y expuestos á morir de hambre, fuesen inmediatamente libres, si sanaban. La *lex Petronia*, dada por Neron, prohibió al señor entregar sus esclavos á las luchas con las fieras. Los buenos emperadores prosiguieron este camino: Adriano quitó al dueño el

---

recho griego y más aun del germánico, donde en muchas relaciones, especialmente en el derecho de las corporaciones, constituia la honorabilidad una condicion fundamental, y donde se atendia á la conducta jurídico-moral. Por el contrario, el estoicismo produjo una verdadera mejora en la situacion del esclavo y un más humano concepto de la pátria potestad. Indicar, para probar esto, los pasajes paralelos de los estóicos seria como llevar agua al mar, y no convenceria á aquellos que se defienden contra todo lo que les parece una intrusion en el derecho romano, aunque sí suministrarian la prueba, clara sólo para los que siquiera conocen algo la filosofía moderna, de que Puchta mismo, que por lo demás muchas veces ha hecho resaltar la necesidad de la filosofía en lo esencial, sólo ha enlazado de una manera externa ciertas ideas de Kant y Fichte con algunas otras opiniones en el desenvolvimiento del concepto del Derecho en su *Enciclopedia* (V. p. 217, t. I), pero que en el método y en la precision de los conceptos ha quedado muy por bajo de sus predecesores.

(1) *Nov.* 78, cap. 5.

derecho de vida y muerte sobre sus esclavos y le prohibió castrarlos; Antonino castigó la muerte del esclavo propio como si fuera la de uno ajeno; por último, Constantino prohibió la crucifixion.—Cierto es que la emancipacion se dificultó por varias leyes, como la *Aelia Sentia* (745 *u. c.)* la *Furia Caninia* (761) y la *Junia Norbana* (770). Pero el número de los emancipados creció, sin embargo, en extremo.

En el derecho de *familia*, impidieron las leyes la disolucion de los vínculos morales. Augusto, á pesar de cometer notoriamente el adulterio, quiso dificultarlo con la *lex Julia de adulteriis coercendis*. Por medio de dos cónsules, Papio Mutilo y Q. Poppeo, célibes y sin hijos, hizo aceptar las importantes leyes *Julia* y *Papia Poppaea* (762). La primera declaró incapaces para adquirir por testamento á los varones célibes desde los 25 á los 60 años, y á las mujeres de igual condicion, de 20 á 50; la segunda es desfavorable á los cónyuges sin hijos, no permitiéndoles recibir más que la mitad de lo que se les dejase por testamento, y no consintiéndoles tampoco heredarse mútuamente, sino en el décimo de su fortuna; al paso que por otra parte se conceden muchos privilegios á los que tienen uno ó varios hijos, como por ejemplo, la preferencia para alcanzar cargos públicos y el derecho de renunciar una tutela conferida.—Sin embargo, al lado del matrimonio verdadero, se conserva el concubinato, que la misma *lex Julia* eleva á lícita *consuetudo*. Pero todas estas leyes fueron vanas. La familia del mismo Augusto colmó, dando ejemplo á la capital, la medida de toda clase de escándalos.

Las relaciones entre los *cónyuges* se constituyeron más bien segun el principio de su mútua independencia: la *conventio in manu mariti* era ya sumamente rara al comenzar esta época; el *fundus dotalis* se declaró inalienable por una disposicion de la *lex Julia de adulteriis;* las mujeres ya no

estuvieron casi nunca bajo tutela y aun la ejercieron sobre sus hijos y nietos.

La *pátria potestad* se moderó tambien en un grado importante. Al principio, en tiempo del Imperio, conservaba todavia el padre el derecho de vida y muerte, pero en el reinado de Augusto, un padre que habia hecho azotar á su hijo sólo pudo salvarse de la indignacion del pueblo en el foro por la interposicion del emperador (1). Alejandro Severo limitó el derecho de correccion á un castigo moderado. La venta de los hijos fué calificada por Adriano de *res illicita et inhonesta* (2) y no permitida, sino en los casos de extremada pobreza y respecto de los recien nacidos. Sólo la exposicion de los hijos fué dificilísima de extirpar. Verdad es que el jurisconsulto Paulo coloca en una misma clase al asesino y á aquel que confía su hijo á una piedad que él mismo no tiene (3); pero únicamente el Cristianismo destruyó esa bárbara costumbre, si bien una falsa filantropia de los modernos ha hecho que se retroceda á la antigüedad, en la forma, algo más suave, de las casas de expósitos.

El derecho de *bienes* progresó en el sentido de la contínua aproximacion del *jus strictum* al *jus gentium*.—En la propiedad, se estableció perfectamente la distincion entre *res mancipi* y *nec mancipi*. Sobre el concepto de la posesion, difieren las opiniones (4); pero la de Labeon, que adoptó Justiniano, fué seguida como la verdadera por los más importantes jurisconsultos (Paulo, Ulpiano). Entre las servidumbres, se hicieron más frecuentes el *usus fructus* y el *quasi usus fructus*, introducido por decreto del Senado en toda clase de bienes, y por tanto, en las cosas que se consumen por el uso.—El de-

(1) Séneca, *de Clem.* I, 19.
(2) L. I, c. VII, 16; comp. l. 39, §. 3. D. 21, 2.
(3) L. IV, D. 25, 3.
(4) L. III, §. 5, D. 41, 2.

recho de obligaciones se desenvolvió en esta época del modo más científico, especialmente en las teorías generales y en la determinacion de los conceptos que dieron lugar á diversas opiniones, no completamente concertadas por la legislacion de Justiniano; el *S. C. Macedonianum* restringió el préstamo á los hijos que se hallaban bajo la pátria potestad, y el *Velejanum* las fianzas de las mujeres. En las sucesiones, la *lex Falcidia* (probablemente un plebiscito de la época anterior, hácia 719), que facultó al heredero para deducir de una herencia demasiado gravada con legados, á lo ménos, una cuarta parte, libre de toda carga *(quarta Falcidia)*, se aplicó á los fideicomisos por el *S. C. Pegasianum* (bajo Vespasiano), y mediante una Constitucion de *Divus Pius* á los fideicomisos *ab intestato*, haciéndola extensiva Justiniano á todas las demás *mortis causa capiones* (1).

El derecho *penal* fué muy severo; frecuentes, así la pena de muerte, como las de relegacion y deportacion, y rara la de prision. Todas las penas capitales llevaban consigo la confiscacion de bienes.

El *procedimiento civil* continuó todavia largo tiempo confiado á los pretores, cuyas funciones, sin embargo, se redujeron por el restablecimiento, en parte, de la antigua jurisdiccion de los cónsules, así como por la autoridad de nuevos funcionarios, especialmente el prefecto de la ciudad, y sobre todo, por el derecho del emperador para reformar, como supremo magistrado, los juicios. Esta apelacion al emperador, que se reducia primero á aplicar el derecho de intercesion, inherente siempre á los magistrados de igual ó superior categoría, quedó entonces convertida en un privilegio reglamentado y conferido tambien á otros funcionarios, especialmente al prefecto de la ciudad, que pronto vino á re-

(1) L. ARNDTS, *Tratado de Pandectas (Lehrbuch der Pandecten)*, §. 562;—c. 18, c. VI, 50.

presentar una instancia intermedia. Esta nueva institucion de las apelaciones no dejó de influir en el procedimiento en general. Mientras, en el procedimiento ordinario, la cuestion jurídica, propia de la competencia del pretor, estaba separada de su discusion ante el juez (1), ahora el emperador decidia sobre ambos extremos. Pronto fué adoptado este proceder por los nuevos jueces, nombrados por el soberano, especialmente en los casos comprendidos en los nuevos decretos: con lo cual, el número de las *extraordinariae cognitiones* fué creciendo más cada vez, hasta que Diocleciano convirtió en regla la excepcion, disponiendo que todos los negocios fueran juzgados por el mismo magistrado, á saber, el presidente de la provincia, quien podia delegar en un subordinado, naciendo de este modo poco á poco los jueces permanentes y aun los colegios de jueces. La apelacion quedó así normalizada, conociendo en última instancia el *praefectus pretorio* (2).

El *procedimiento criminal* (3), que en la época anterior, á principios del siglo VII y merced á los tribunales permanentes *(quaestiones perpetuae)*, tuvo una organizacion muy conforme al concepto republicano del Estado, aunque incompleta en muchos respectos y modificada con frecuencia por las *leges judiciariae*, y en el cual estaban separados tambien el principio y curso del proceso y la sentencia respectiva, se caracteriza luego durante el Imperio por el triunfo del principio inquisitorial.

---

(1) V. pág. 95, nota (1).

(2) MAINZ, *Eléments de droit romain*, I, p. 113 y 155.

(3) Véase especialmente sobre esto: *Historia del procedimiento criminal romano hasta la muerte de Justiniano (Geschichte des römischen Criminalprocesses bis zum Tode Justinians)* por G. GEIB, 1842.

§. 5.—Cuarta época.

Desde Constantino hasta la muerte de Justiniano.
(323-565).

La progresiva disolucion interna del Imperio hizo nacer en Constantino, aunque sólo desde el punto de vista político, la conviccion de que el único remedio posible estaba en el cambio completo del centro de gravedad moral y material de aquel. Despues que hubo elevado en 323 á religion del Estado el Cristianismo, cuyo poder indestructible se habia afirmado bajo las persecuciones más crueles y cuya extension habia llegado á términos de convertirlo en un verdadero resorte político, trasladó la capital del Imperio, en 330, á la antigua Bizancio, acabada de reedificar. Constantino completó luego el mecanismo político (1), bosquejado ya por Diocleciano, á la manera oriental (2). Bizancio recibió el *jus italicum* y con él casi todos los fueros y privilegios de la antigua capital. Siguió siendo, no obstante, el latin por mucho tiempo la lengua oficial del Derecho y los tribunales,

(1) Constantino, dice Mackenzie, estableció una nobleza titulada, que debia ocupar un puesto entre el trono y el pueblo. Algunos de los más íntimos consejeros del soberano se llamaban patricios, y los títulos de conde y de duque, que en tiempos ulteriores llegaron á generalizarse tanto, aparecieron entonces por primera vez en el mundo romano. Los príncipes de la familia imperial eran *nobilissimi*; los funcionarios de más jerarquía y los magistrados se dividian en cinco categorías, segun una graduacion ordenada de puestos y empleos: los *ilustres*, los *spectabiles*, los *clarissimi*, los *perfectissimi* y los *egregii*.—(A.)

(2) Una imágen fiel de la jerarquía administrativa dá el cuadro esquemático del Imperio desde principios del siglo V, conocido bajo el título de *Notitia dignitatum (a)*, y nuevamente publicado por Ed. Böcking en 1840.

(a) Ha sido publicado en la *Historia univ.* de C. Cantú, t. VIII de la edicion española de Gaspar y Roig, pág. 409.—*(N. T).*

haciéndose por lo comun ménos sensible el influjo oriental en el órden privado, sostenido por su propia fuerza. Cuando en 476 el imperio de Occidente fué vencido por los germanos al mando de Odoacro, el derecho romano, trasplantado del suelo que le era propio, á un país griego en sus principales elementos, y privado de las raices internas que lo alimentaban, pudo sólo subsistir en forma de coleccion, á modo de fruto ya desprendido y suelto: por lo cual es esta época tambien la de las *compilaciones*.

Hácese ahora más visible (1) en el *derecho privado*, el influjo bienhechor del Cristianismo, llegado ya á la condicion de poder social externo; y entre las muchas materias que se modifican bajo su inspiracion, figura especialmente todo el derecho de familia (el matrimonio, la pátria potestad, el derecho de sucesion), completando así superiormente lo que habian intentado el *jus gentium* y la *aequitas;* subsiste, sin embargo, en la esfera relativa á los bienes, el carácter fundamental del derecho romano, tan exclusivo y parcial en multitud de respectos.

Tocante á las *fuentes* jurídicas, afluyen todas ellas á una sóla, las *constitutiones* imperiales, que forman á la sazon el *jus scriptum* propiamente tal, y por las cuales se rige todo desde arriba: tal es el resultado á que lleva la reforma de Constantino, recabando para la prerogativa imperial la decision de cuanto estaba confiado antes á la libre accion de los pretores, jueces y jurisconsultos.

El carácter del derecho privado se expresa en esta época por disposiciones meramente externas y compilaciones. Se habia extinguido la interior fuerza productora del Derecho; el material jurídico engendrado con profusion en sus diversas fuentes, falto del espíritu comun que debiera penetrarlo,

(1) Comp. p. 117.

se manifestó entonces bajo el aspecto predominante de la multiplicidad, despertándose en lo tanto exigencias de unidad, que sólo de un modo muy externo pudieron ser satisfechas. Así lo prueban los diversos ensayos que llenan esta época, hasta Justiniano (1).

Ya Constantino se habia propuesto emprender algunas compilaciones jurídicas, pero no llegó á realizarlo (2).

Teodosio II y Valentiniano III trataron con el decreto de 426, llamado comunmente desde Hugo *Ley de citas*, de simplificar el cúmulo de reglas jurídicas, otorgando sólo fuerza de ley á las obras de cinco jurisconsultos de la época anterior, Papiniano, Paulo, Gayo, Ulpiano y Modestino, disponiendo además que, en caso de pareceres encontrados, decidiera el de la *mayoría*, y de no haberla, el de Papiniano, y prohibiendo al juez declararse libremente por el dictámen de cualquiera de los otros, salvo cuando no hubiera formulado éste opinion especial sobre el asunto en litigio.

Las primeras compilaciones en que aparecieron juntas las muchas *constitutiones* imperiales dispersas hasta entonces, fueron de carácter privado, entre las cuales llegaron á distinguirse por ser las más usadas: 1.°, la hecha por *Gregoria-*

(1) Estos ensayos dan por su parte irrefragable testimonio de la aberracion y abandono de todo el órden jurídico romano, que precisamente intentaron mejorar los hombres de Estado y emperadores ilustrados, á quienes más interesó la necesidad práctica de los pueblos que las meras discusiones de sábios, por científicas que fuesen. Cuando un hombre tan grande como César concibió ya el plan de una compilacion legal, esto prueba en qué aberracion habia caido ya en su tiempo el Derecho. En general, el estado *práctico* de éste en Roma, especialmente desde la extension de las relaciones mercantiles, debe considerarse como muy triste; sólo mejoró algo por el procedimiento civil.

(2) Pruébanlo las dos constituciones nuevamente descubiertas c. 1. y c. *Cod. Theod.* 1, 4, *de responsis prud.*, pero sin dar á conocer el pormenor del modo de ejecutarse.

no, cuyo nombre sólo por ella conocemos (llamada *Codex Gregoriani)*; 2.°, la coleccion que inmediatamente le sucede, arreglada por *Hermogeniano (Codex* (1) *Hermogeniani)*, probablemente á mediados del siglo IV.

Ambas compilaciones, que siguieron viviendo en la práctica jurídica, fueron refundidas y completadas oficialmente en 438 por Teodosio II en el *Codex Theodosianus* (2).

Finalmente, empeorada mucho más aún la situacion del derecho romano, casi por todo un siglo, ya porque cada vez se iban entendiendo ménos las obras antiguas, y era grande la diversidad de las fuentes, ya por crecer de dia en dia las dificultades para discernir lo anticuado de lo todavia útil, Justiniano (3), elevado en 527 al imperio de Oriente, adoptó, por influjo del eminente jurisconsulto Triboniano, medidas más eficáces para formar una compilacion unitaria de todo el derecho á la sazon vigente.

1.—Ante todo, hizo refundir los tres *codices* de Constituciones imperiales, juntamente con las dadas desde Teodosio, en un Código general, que se publicó en 529 bajo el título de *Codex Justinianeus*.

2.—Despues, y resueltas ya importantes cuestiones litigiosas del antiguo derecho, por medio de 50 decisiones imperiales, nombró, al intento de compilar todo el derecho vigente, cualquiera que fuese su orígen, una comision de 17 juris-

(1) La última edicion de ambas colecciones es de G. HÄNEL (Bonn, 1837), en la 2.ª parte del *Corpus juris civ. antejust.* de Bonn.

(2) La mejor edicion es de HÄNEL en el *Corpus jur. antej.*, 1842.

(3) Justiniano, cosa digna de notarse, era eslavo, de orígen humilde y natural de Tauresio. Su primitivo nombre (ó sobrenombre) era *Uprauda*. RITTER observa en una nota á la *Hist. jur. civ.*, etc., de Heineccio (§. 382): «*Uprauda* vox est slavica et bene per Justinianum exprimitur. Etiam nunc apud slavicas gentes *prauda* justum denotat.» Un buen juicio sobre Justiniano expone Am. THIERRY en la *Rev. des Deux Mondes*, 1 nov. 1854, p. 427, etc.

consultos, que, presididos por Triboniano y ajustándose al órden de materias seguido en el Edicto del pretor y en el *Codex*, sistematizaron todo el derecho aún aplicable, extractándolo discretamente de multitud de obras de 39 jurisconsultos diversos, y aun quizás introduciendo adiciones, cambios, interpolaciones, que son los llamados *emblemata Triboniani*. Esta compilacion de doctrinas selectas *(jus enucleatum)*, compuesta de siete partes y 50 libros, que se dividen á su vez en títulos, recibió el nombre de *Pandectae* ó *Digesta* y tambien el de *Codex enucleati juris*, y fué publicada en 16 de Diciembre de 533, para empezar á regir en el 30 del propio mes y año.

3.—Pero ya, durante la elaboracion de las Pandectas, hizo Justiniano que tres jurisconsultos, Triboniano, Teófilo y Doroteo (maestros de Derecho los dos últimos, el primero en Bizancio y en Berito el segundo), redactaran para suplir las Instituciones de Gayo, inútiles ya para el estudio del Derecho, un nuevo tratado, *Institutiones*, que, dividido en 4 libros y éstos en 98 títulos, recibió tambien fuerza de ley en el mismo dia que las Pandectas.

4.—Como el Código de 529 no estaba conforme con las Pandectas y necesitó para su redaccion, á más de las 50 decisiones citadas, muchas Constituciones imperiales, á fin de resolver las antinomias existentes y desechar lo que resultase impracticable, hubo de ser revisado y perfeccionado, apareciendo en 16 de Noviembre de 534 como *Codex repetitae praelectionis*.

5.—Finalmente, Justiniano publicó desde 535 hasta su muerte, en 565, muchos nuevos decretos, escritos en griego parte de ellos y en mal latin los restantes, que modificaron muchos puntos esenciales del Derecho. Estas disposiciones, coleccionadas, no por Justiniano mismo, sino á poco de su muerte, llevan el nombre de *Novelas*, νεαραι διαταξεις.

La compilacion jurídica justinianea ha sido juzgada muy diversamente (1). Si se prescinde del mal gusto de la forma de los decretos, que recuerda en muchos puntos la hinchazon del estilo oriental, y se hace caso omiso de la defectuosísima manera como la compilacion fué llevada á cabo, es indudable, atendiendo al fondo mismo del asunto, que aparece elevado en ellas el Derecho, en cuanto á su contenido, á un más alto grado de perfeccion, merced al superior espíritu cristiano y humanitario. Las suaves reformas que ya los anteriores emperadores habian introducido en el derecho de las personas y de la familia, una sóla de las cuales vale mucho más que todo un centenar de las agudas distinciones de los jurisconsultos clásicos, fueron desarrolladas en mayor proporcion todavia por Justiniano, segun indicaremos

(1) Muy preocupados y parciales son los juicios que, por prevencion contra las llamadas codificaciones, corren en la escuela histórica contra la obra de Justiniano. Si á semejanza de lo que suele hacerse al exponer el carácter é influjo del derecho pretorio y de la ciencia de los jurisconsultos, los historiadores pertenecientes á esa escuela, en lugar de depurar los datos exteriores del orígen de la compilacion justinianea, hubiesen apreciado los cambios esenciales *internos* que en todo el derecho causaron, habria resultado evidente, á lo ménos para los lectores y estudiantes despreocupados, la alta importancia de la empresa de aquel emperador. Su obra fué la conclusion necesaria de todo el desarrollo precedente. Pero se necesitaba un innovador decidido y que conociera claramente la necesidad, no sólo de acabar con la oposicion que todavia subsistia entre el antiguo derecho y el *jus gentium*, sino de emprender tambien reformas esenciales. Por su propio desarrollo interno, jamás el derecho romano habria borrado aquella oposicion: el *jus gentium*, que tan informado fué por una filosofía desenvuelta en otro suelo que el romano, tuvo que recibir todavia una purificacion superior en muchas materias por las ideas *cristiano-humanitarias* de Justiniano, para sustituir al antiguo derecho romano de las formas. Sin esto, jamás habria hallado acceso el derecho romano en los pueblos modernos.

Sobre el influjo del Cristianismo, véase la obra de TROPLONG (escrita, en verdad, á modo de pedimento) *De l'influence du Christianisme sur le droit civil des Romains*; París, 1843.

ahora, aunque sólo en algunos puntos principales, por haber sido estas alteraciones expuestas más detenidamente en el derecho justinianeo.

En cuanto al derecho de las *personas* y de la *familia*, se favoreció más la emancipacion, disminuyeron las diferencias entre los emancipados, y si la *servitus* subsistió ciertamente, fué suavizada. Convirtióse el matrimonio en un vínculo moral más riguroso, aunque todavia no enlazado con el elemento eclesiástico. Dificultóse el divorcio, y el concubinato se colocó en condiciones desventajosas. La dote se favoreció mucho, y á ella se contrapuso la donacion *propter nuptias*. Disolvióse la antigua relacion del poder romano del marido y del padre, la tutela cesó respecto de la mujer, y aun pudo ésta ejercerla en muchos casos. La diferencia entre la *agnatio* y la *cognatio* desapareció, destruyéndose la antigua familia romana. La nueva sucesion intestada (1), sancionada por la Novela 118, bastaría únicamente, merced á sus disposiciones derivadas de la naturaleza de las relaciones del parentesco, para asegurar á Justiniano perpétua memoria.—En el derecho *real*, cesó la distincion entre la *res mancipi* y *nec mancipi*, y entre la propiedad rigurosa romana, y la llamada *bonitaria (in bonis)*, considerándose todas las cosas como *nec mancipi*, y como romana toda propiedad.

En el derecho de obligaciones, las simples convenciones *(pacta)* recibieron plena eficacia jurídica. Completamente opuesta á los antiguos contratos, que exigian siempre una

(1) Para observar el camino y direccion que llevó la sucesion intestada en Roma, basta comparar lo que sobre ella se establece en las *Instituciones* con el contenido de la Novela 118. Es la base en aquellas el principio de las XII tablas con las numerosas excepciones introducidas por el derecho pretorio y por las Constituciones imperiales; mientras que en éstas se afirma en absoluto el principio á que obedecian esas mismas excepciones.—(A.)

causa civilis, que el egoismo romano originariamente veia sólo en la reciprocidad de la prestacion, es la donacion, convertida tambien en contrato dotado de su accion correspondiente. El rigor de la estipulacion se mitigó en la materia y en la forma, y Justiniano declaró válidas muchas que no lo eran antes (v. gr., la *stipulatio praepostere concepta)*, así como atribuyó fuerza de prueba á los documentos de los contratos escritos.

El derecho *penal* no experimentó sin embargo mejora, antes fué agravado con crueles penas contra los herejes y los apóstatas (1).

---

(1) "Compulsando el Código Teodosiano y el sábio comentario latino con que Godefroy lo ha enriquecido, se ve la lucha de los dos grandes elementos que se disputaban el mundo en el momento en que fué promulgado, se ve que el Derecho universal, el derecho de gentes, tiende á sustituir al antiguo derecho de los quirites. El emperador es cristiano, pero el imperio es casi pagano. El espíritu inflexible y exclusivo del Derecho romano se defiende contra el espíritu de igualdad y de justicia, emanado del Cristianismo. Por esto se encuentran, en medio de aquel monton de Constituciones heterogéneas, contradicciones chocantes, retrocesos á la antigua crueldad romana junto á las caritativas inspiraciones cristianas; de un lado, rigores completamente paganos, hasta agravaciones en la legislacion criminal; de otro, se ve templada y dulcificada la dura penalidad de los primeros tiempos de Roma." LOISELEUR, *Los crímenes y las penas en la antigüedad y en los tiempos modernos*, (fr.), cap. v. §. 5.

El singular contraste que muestran el derecho civil y el penal en la legislacion romana, aquel tan desarrollado y progresivo, que rige aún hoy á muchos pueblos, éste tan injusto é imperfecto, que la reforma penal en nuestros dias ha consistido en gran parte en alejarse de él, la explica de esta manera el Sr. Maranges en sus *Estudios jurídicos*.

"El derecho penal, dice, es la fórmula sintética del derecho; el civil, su fórmula analítica; aquel tiene por objeto la pena, síntesis superior en que la ley se levanta y el delito desaparece; éste, relaciones privadas, detalladas y prácticas manifestaciones del derecho; la idea sintética del derecho es la primera que instintivamente se conoce, pero es la última que reflexivamente se perfecciona; las manifestaciones

En el *procedimiento* judicial, perfeccionado en el anterior sentido (1), nació una nueva jurisdiccion, la eclesiástica, que usaron los obispos, no sólo en los asuntos canónicos de sus fieles, sino tambien, conforme á una disposicion de Justiniano, en las demandas civiles contra los clérigos.

De todos modos, la obra de Justiniano es sólo una compilacion; en manera alguna una legislacion fundamental que establece el derecho aplicable; pero su tiempo no lo consentia, ni estaba llamado á ello. El espíritu romano se extinguia, mas fué empresa digna de él, en un último esfuerzo, y mirando á los superiores principios del Cristianismo, reformadores del mundo moral, reunir el fruto de un rico desarrollo jurídico de más de mil años, y dejarlo como legado á las nuevas razas que entraban en la historia.

---

analíticas están en los mismos hechos, y sin conciencia clara y reflexiva del derecho era posible una concepcion clara del contrato, de la sucesion, etc.; en cambio, sus hechos nos dan el delito, negacion del derecho, pero la pena jurídica no la encontramos en parte alguna. La pena no es una relacion individual, como lo son las condiciones del derecho civil, es una condicion general; en el civil vemos relacion de hombre á hombre, en el penal está éste en relacion directa con la idea general de derecho: en el civil los datos inmediatos son hechos, siendo el derecho dato mediato que se manifiesta en aquellos; en el penal uno de los datos inmediatos es la nocion general del derecho. Esto explica el desarrollo del uno y el atraso del otro, así como, en parte tambien, del político; el carácter práctico de los jurisconsultos romanos era el más adecuado para la concepcion analítica del derecho, y él fué causa de la perfeccion del derecho civil y de la imperfeccion y estacionamiento del penal y del político.»—(A).

(1) V. p. 111.

CAPÍTULO III.

CONSIDERACION SUMARIA DE LA SUERTE ULTERIOR DEL DERECHO ROMANO.

§. 1.—En Oriente.

Los libros de derecho de Justiniano fueron traducidos inmediatamente al griego; tambien fueron comentados, á pesar de la prohibicion absurda que en este respecto habia hecho el emperador. Ya en su mismo tiempo, publicó Teófilo, uno de los tres redactores de las Instituciones (y profesor de Derecho en Constantinopla), un precioso comentario en lengua griega, la *Paráfrasis de las Instituciones*, que ha llegado hasta nosotros (1); Juliano por su parte dió á luz un resúmen en latin de las Novelas, *Epítome Novellarum*. Aumentóse cada vez el número de los nuevos decretos imperiales, haciéndose tambien más difícil la inteligencia de la compilacion justinianea, la cual, además, como Puchta observa, aplicada en el imperio bizantino á otros pueblos y muy otras relaciones biológicas, sólo alcanzó una existencia artificial, experimentando en la práctica diversas modificaciones (como despues y con mayor extension aconteció en el imperio germánico). Todavia publicó en 876 Basilio Macedon una especie de Instituciones (ὁ προχειρος νομος), emprendiendo la refundicion de todo el *corpus juris* en lengua griega, trabajo

(1) Reitz, *Theophili antecessoris paraphrasis graeca*, etc. Hag. 1751; trad. al aleman por Wustemann, 1823.

que con el nombre de *Basílicas* (βασιλικαι διαταξεις) llevó á cabo en 887 su hijo Leon el Filósofo, revisándose luego en 945 por iniciativa de Constantino Porfirogeneta (1). De Leon el Filósofo tenemos además 113 Novelas griegas, por cuyo medio trató de mejorar diversas disposiciones de Justiniano. La última obra de importancia sobre el derecho greco-romano es un manual *(Hexabiblos)*, publicado en 1345 por Harmenopulo y que puede mirarse como una segunda edicion aumentada del de Basilio: á la caida del Imperio de Oriente, alcanzó en algunas de sus partes fuerza de ley; y aun hoy, en Grecia, donde las Basílicas son la principal fuente jurídica, goza de la consideracion de Código (2).

Tomada Constantinopla por los turcos en 1453, siguió rigiendo el derecho greco-romano para la poblacion cristiana, que necesitó confiar entonces la decision de sus cuestiones jurídicas á tribunales eclesiásticos; la ciencia del derecho cayó sin embargo en un total olvido.

§. 2.—En Occidente.

Tocó á los pueblos occidentales un papel más importante respecto del derecho romano, que debia conservar en parte su valor legal, y en parte alcanzarlo de nuevo merced á su mérito intrínseco. Italia, cuna de este derecho, hubo de ser la primera en guardarlo intacto durante la disolucion del Imperio romano y la fundacion de las nuevas naciones,

(1) Heimbach ha dado una edicion completa con los escolios, aumentada con la traduccion latina, en 7 vol. (1833-1845). La utilidad de las fuentes bizantinas para el derecho justinianeo es triple: para *completar* las lagunas, especialmente en el *Codex* y en las *Novelas*, para la *crítica* de ciertos pasajes y para la *interpretacion* de otros. V. el *Curso* de Puchta, I. p. 719.

(2) Véase la *Historia del Derecho bizantino* de Montreuil, (fr.); y la *Historia del Derecho privado greco-romano*, de Zachariae, traducido del aleman al francés por Eugenio Lanth.—(A.)

siendo con esto el foco de donde habia de irradiar en todos sentidos.

La division que, á la muerte de Teodosio (395), vino á hacerse del Imperio en dos mitades, no influyó mucho en el derecho privado. Este tampoco desapareció al verificarse la invasion arrolladora de las tríbus germanas, que fundaron en la Galia meridional y en Italia nuevos reinos, y que conforme al principio del llamado *derecho personal*, que respetaba la diferencia de nacion, permitieron á los vencidos continuar viviendo segun sus leyes, mientras ellas seguian regulando sus relaciones jurídicas por las costumbres y prácticas que tenian formadas; de suerte que en una misma ciudad vivian los romanos segun sus leyes, y la poblacion germana segun sus costumbres. Sin embargo, como no podia ménos, llegó á alcanzar gran prestigio el derecho romano, por ser el más perfecto. Tan pronto como los ostrogodos fundaron un reino en Italia, hizo formar Teodorico I un resúmen, muy breve, á la verdad, é incompleto, de todas las fuentes jurídicas romanas existentes á la sazon, y se publicó en el año 500 con carácter de Código obligatorio para todos los subditos del imperio *(Edictum Theodorici)*; pero fué reemplazado inmediatamente por la compilacion jurídica de Justiniano, tan pronto como se apoderó éste de Italia por medio de Narsés, en 553.

En los demás nuevos Estados, nacieron por entonces compilaciones aisladas, por una parte, del derecho consuetudinario germánico para las tríbus de este orígen *(leges Barbarorum)*, y por otra, del derecho romano vigente para los latinos *(leges Romanae)*. La *lex Romana* más importante fué la que Alarico II hizo preparar por una comision de jurisconsultos, y sancionar por una asamblea de obispos y magnates en 506 para los romanos del reino visigodo (cuya capital era Tolosa, en la Galia meridional). Este *Breviarum*

Alaricianum, llamado tambien *lex Romana Visigothorum,* es un extracto de los Códigos de Teodosio, Gregoriano y Hermogeniano, y de las obras de Papiniano (1). La *lex Romana Burgundiorum,* llamada de Papiniano y nacida algo más tarde (despues de 517), es pobrísima.

Destruido el Imperio ostrogodo en Italia (553), empezó á regir en aquella comarca la coleccion justinianea, que luego, en la época de la dominacion de los Longobardos (desde 568), y posteriormente en la de los Francos y del Pontificado, no perdió jamás del todo su vigor. El conocimiento del derecho romano se sostuvo principalmente por medio de los establecimientos de enseñanza, algunos de los cuales, los de Roma y Ravena, parece que estaban especialmente consagrados á su estudio (2).

Pasan luego muchos siglos en que sólo se atiende á guardar y mantener el material recibido de épocas anteriores. Pero á principios del siglo XII, en que comienza á revivir en general el espíritu de investigacion en las ciencias, y en la Teología y la Filosofía, atrae Abelardo (1079-1142) á su enseñanza en París discípulos, que en gran número y de todos los países acuden solícitos, nace en Bolonia con Irnerio (hácia 1120), y se extiende desde allí á otros lugares, una escuela de jurisconsultos, que siguiendo el nuevo impulso, aplica al estudio y elaboracion del copioso material jurídico antiguo una fuerza de espíritu, que si está falta de toda base

(1) Este Código comprende: diez y seis libros del Código Teodosiano, Novelas de los emperadores Teodosio, Valentiniano III, Marciano, Mayorino y Severo; algunos fragmentos de la Instituta de Gayo, las *receptae sententiae* de Paulo, veintidos leyes del Código Gregoriano, dos del Hermogeniano y un fragmento de las *responsa* de Papiniano.—(A.)

(2) V. la obra capital de Savigny, *Hist. del der. rom. en la Edad Media (Gesch. des röm. R. im Mittelalter) (a).*

(a) Trad. al francés por Guénoux, 4 vol. Paris, 1839.—*(N. T.)*

auxiliar histórica y literaria, parece sin embargo en la sagacidad, exactitud de sus combinaciones y tacto práctico que la caracterizan, corresponder casi á un renacimiento de aquel buen sentido jurídico, peculiar á los romanos (1), y ha influido poderosamente en la ciencia hasta nuestros dias.—Llámanse «glosadores» estos jurisconsultos, por haber añadido breves *glosas*, que forman un comentario perpétuo, al *Corpus juris*, nombre que proviene de ellos y que comprende el Digesto, el *Codex*, las 97 Novelas y las Instituciones, juntamente con los *libri feudorum* en que se contiene el derecho feudal. Uno de los últimos eminentes glosadores, Accursio († hácia 1260), reunió todas las glosas; y el *Corpus juris*, así glosado, entró luego en la práctica de los tribunales, que no admitian como aplicables sino los textos glosados: *quod non agnoscit glossa, non agnoscit curia.*

A la época de los glosadores, se enlaza una nueva era, desde el siglo XIII hasta fines del XV, á la cual puede llamarse tambien, por coincidir con el período de la filosofía escolástica, período *escolástico* de la ciencia jurídica, y cuyos representantes principales fueron: Bartolo († 1357), (de él proceden los Bartolistas) y Baldo († 1400).

(1) Los glosadores, que tenian tan pocos conocimientos históricos, que v. gr., la glosa á la *Novela* 47, c. 1 hace á Justiniano contemporáneo de Jesucristo, se distinguen no obstante ventajosamente por lo que penetran en los principios y por una atencion constante y despreocupada á las necesidades prácticas de la vida. Los más importantes de ellos fueron: Guarnerio ó Irnerio († antes de 1140); Bulgaro († 1166); Martin Gosia (los dos últimos formaron dos escuelas que se caracterizaron en las controversias jurídicas, y de las cuales la de Bulgaro ha sido especialmente estudiada en la glosa de Accursio; y la de Martin, con frecuencia preferida en el derecho canónico); los tres de Porta Ravenate, Hugo († 1168), Jacobo († 1178) y Alberico; Azon († hácia 1229); Jacobo Balduino († 1235); Accursio († hácia 1260) y Odofredo († 1265).

Los discípulos, formados, así por los glosadores como por los maestros siguientes, y entre los cuales hubo muchos extranjeros, difundieron tambien el conocimiento, amor y estudio del derecho romano por otros países, especialmente por Francia, Holanda, España y sólo despues por Alemania. En el primero de estos pueblos, se cultivó antes que en los demás, con especial predileccion, y alcanzó vigor general en su region meridional *(pays du droit écrit)*, por oposicion á la del Norte *(pays coutumier)*. San Luis (1226-1270) hizo traducir al francés el derecho romano; y si el papa Honorio II (1220) prohibió su estudio en París, para corregir así el abandono en que venia cayendo el derecho canónico, su prohibicion no dió resultado alguno. A fines del siglo XVI, aparecen en Francia dos juristas eminentes, Santiago Cujas *(Cujaccius* † 1590), fundador de un nuevo método *exegético* é *histórico*, y Donneau *(Donnellus* † 1591), que fué el primero en exponer *dogmáticamente* de un modo notable el derecho romano (1).

A Francia sigue inmediatamente Holanda. En lo que se refiere al estudio y cultivo de esta legislacion, sobresalen entre sus jurisconsultos: Arnoldo Vinnio (1588-1657), G.

(1) Fué precursor de Cujas, Andrés Alciato, el cual, invitado por Francisco I, pasó de Milan á Bourges, donde explicó Derecho romano, siendo uno de los primeros que unió al estudio de la jurisprudencia el de las bellas artes y de la arqueología. Luego, en el siglo XVII, tenemos á Domat y á Jacobo Godefroy, autor de varias obras, entre las cuales merece especial mencion su monumental comentario del código Teodosiano; y en el XVIII, la obra magna de Pothier: *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae*. Véanse para más datos respecto de las escuelas de derecho, así en Francia, como en otros países, la *Introduccion general al estudio del derecho* de Eschbach; la *Introduccion al estudio del derecho* de Lerminier; *Los legistas y su influjo político y religioso* de J. B. V. Coquille, 1863; *Los legistas y su influjo en la sociedad francesa* de A. Bardoux, 1877; *Los grandes jurisconsultos*, de Rodiere, 1874.—(A).

Noodt († 1725), Antonio Schulting († 1734) y De Binkershoek † (1734) (1).

(1) En el salon de sesiones de la Academia Matritense de Legislacion y Jurisprudencia, se encuentran tres lápidas de mármol donde constan los nombres de los jurisconsultos más eminentes de nuestra pátria, en esta forma:

A Jácome Ruiz, el maestro Roldan,
San Raimundo de Peñafort, Vidal de Canellas,
Jaime Hospital, Vicente Arias,
Jaime Calicio, Pedro Belluga, Alfonso Diaz de Montalvo,
Juan Lopez de Palacios Rubios,
Jurisconsultos españoles de los siglos XIII, XIV y XV.

A Gregorio Lopez, Antonio Gomez,
Diego de Cobarrubias, Antonio Agustin,
Miguel del Molino, José Sessé, Luis de Molina,
Fernando Vazquez Menchaca, Alfonso Acevedo,
Juan Gutierrez, Jaime Cancer,
Pedro Agustin Morla,
Jurisconsultos españoles del siglo XVI.

A Cristóbal de Paz, Alfonso de Villadiego, San Pedro Fontanella, Juan de Solorzano, Francisco Salgado, Francisco Ramos del Manzano, Gregorio Mayans, José Finistres, Melchor de Macanaz, el conde de Campomanes, Ignacio Jordan del Arso, Miguel de Manuel, Gaspar Melchor de Jovellanos, Manuel de Lardizabal, Francisco Martinez Marina, Juan Sempere, Juan Sala, Sancho Llamas,
Jurisconsultos españoles de los siglos XVII, XVIII y XIX.

Aunque el derecho romano penetró en Inglaterra, fué á poco vencido por el nacional, y de aquí lo escaso del número de romanistas que se encuentran en aquel país. Sin embargo, con anterioridad á la época presente, tenemos á Arturo Duck, Ricardo Zouch, Wood, Hallifax, Browne, Gibbon, etc., y actualmente se están creando cátedras de Derecho romano en las Universidades y en los colegios de abogados de Lóndres, así como se publican numerosas obras, entre las que merecen especial mencion las que en otro lugar hemos citado de Colquhoun y de Mackenzie. Además debe tenerse en cuenta que lo que han repugnado siempre los jurisconsultos ingleses admitir es el dere-

En Alemania, el derecho romano, especialmente por su propio valor intrínseco, y tambien por haberse reputado al Imperio romano germánico como una continuacion del romano, fué penetrando gradualmente en los tribunales, merced á los juristas ilustrados; ya se aplicaba en ellos mucho antes de que el decreto expedido por la Cámara imperial, (en 1495), á la fecha de su creacion, ordenase á los jueces que juzgaran «segun el derecho del Imperio y el comun», organizando al efecto los tribunales, que debian componerse de ocho doctores instruidos en el derecho extranjero y otros tantos caballeros, sin duda como representantes del derecho germánico (1).

En este país, en que siguió cultivándose por más tiempo el derecho romano, fué donde hubo de recibir su más importante trasformacion práctica, y alcanzar tambien su renacimiento científico más elevado, no para engendrar un obstáculo permanente á toda tentativa de codificacion nacional, sino para servirla, influyendo como una fuerza espiritual depurada.

Al modo como los pueblos germánicos llevaron á cabo la destruccion del Imperio romano y su trasformacion ulterior mediante nuevos elementos, así parece tambien haber sido la mision del espíritu aleman librar de su estrechez al derecho de Roma (que ya habia perdido en muchas de sus materias, y gracias al influjo del canónico, el *rigor civilis*, como

---

cho público romano, tan contrario á sus libres instituciones, pero han reconocido el valor del derecho privado, que no ha dejado de influir en el inglés, ya directamente, ya indirectamente, por medio del canónico.

En Escocia ha gozado siempre mayor favor el Derecho romano, el cual se le considera como necesaria introduccion al estudio del escocés.—(A.)

(1) *Ordenanza de la Cámara imperial (Reichskammer Ornung)* de 1425, §. 3.°

lo llamó la Iglesia), renovarlo con la ayuda de los nuevos factores germánicos, y finalmente, reconocerlo y tratarlo sólo como parte constitutiva, aunque esencial, de una superior ciencia jurídica.

En este proceso del desarrollo del derecho romano, pueden distinguirse varias épocas, en la última de las cuales prevalece especialmente la tendencia *filosófica*, característica del espíritu aleman, y el influjo consiguiente de la filosofía aun en el cultivo del derecho romano.

La primera época de su elaboracion científica, despues de su entrada en la práctica de los tribunales, como elemento supletorio, aplicable á todas las relaciones que carecian de normas especiales en el derecho germánico, comienza á principios del siglo XVII con el impulso que recibieron los estudios jurídicos en Alemania merced al influjo de los extranjeros sobre sus jurisconsultos, especialmente de los franceses Cujas y Donneau y los holandeses Vinnio y Noodt.

En este período, que puede extenderse hasta Leibnitz ó Tomasio, no se busca todavia inmediatamente la relacion del derecho romano con el germánico, si bien se llega á formar conviccion de que existe entre ellos una diferencia esencial, y de que es necesario modificar el derecho extranjero por la práctica. Al romano, se le considera simplemente como *jurisprudentia romana in foro germanico*. La tendencia científica peculiar de Alemania, empieza sin embargo á mostrarse, al exigir el llamado «órden legal» en la exposicion de los Códigos romanos, en el esfuerzo con que intentan los juristas reunir en un todo enlazado sus respectivas máximas y preceptos, preparando así la *Sistemática* del derecho.

La segunda época comienza en realidad con Leibnitz: pues tanto con su doctrina filosófica del Derecho, cuanto con su *Nova methodus docendae discendaeque jurisprudentiae*, publicado en 1668, influyó en su contemporáneo Tomasio, y

mediante Wolff, propagador de la filosofía leibnitziana, de un modo muy trascendental en toda la ciencia jurídica. Principia con esta segunda época la tendencia *filosófica*, propiamente dicha, que se muestra en diversas fases: una, *lógico-formal*, otra, *dogmática* y otra más bien *crítica*, conservando en todas ellas, sin embargo, un carácter predominante *externo*, toda vez que aún penetra poco en la *esencia* íntima de las instituciones jurídicas. Atraviesa este período por la escuela de Wolff y aun la de Kant, y llega hasta el nacimiento de la llamada *histórica.*

Tomasio, 1655-1728, que como observa con razon Hugo, produjo una revolucion en todos los estudios jurídicos de Alemania, fué un ardiente impugnador de los procesos contra los hechiceros, del tormento y de otras preocupaciones de este género, y el primero que explicó en lengua alemana y dió el impulso más poderoso para una más profunda elaboracion científica y metódica del Derecho.

Aparecen entonces varios juristas eminentes: Heineccio († 1741), cuyo influjo fué en esta época el más subsistente; los dos Böhmer, padre é hijo; de Leyser († 1752); Samuel de Cocceji († 1755); luego, historiadores del derecho, como Juan Augusto Bach (1758); finalmente, los expositores en compendio de las Pandectas, como Hellfeld († 1782), y los que las trataron sobre todo en forma dogmática, como Westphal († 1792), Hofacker († 1793), Höpfner († 1797), Koch (1808) y Glück († 1831). Durante esta época, el derecho romano alcanza el lugar preferente, por ser la parte más importante del derecho comun, así en la teoría como en la práctica, y aun en ésta llega hasta hacer que se reemplacen diversas instituciones del derecho aleman por sus análogas romanas (p. ej., el sistema de la comunidad de bienes, por el dotal, la compra de ventas por el censo); sin embargo, se hace ya más clara en la conciencia de los juristas la distincion

entre el derecho romano y el germánico, y el último llega á ser objeto tambien de investigaciones científicas y de exposiciones didácticas. Gärtner y Schilter publican, el primero, el *Espejo* de Sajonia, y el de Suabia, el segundo; Heineccio, Pütter y Runde, por su parte, escriben compendios del derecho privado aleman. Despertándose más cada vez el espíritu germánico en la elaboracion científica de su derecho, vá tambien reconociéndose con mayor claridad la imposibilidad de aplicar totalmente el romano, y aun la inutilidad de muchas de sus disposiciones: con lo cual nace en muchos Estados el pensamiento de un código aleman, donde se aproveche todo el material útil del derecho romano; este pensamiento lo realizan luego Baviera, Prusia y Austria, con diverso criterio para la estimacion del derecho romano y con diverso mérito tambien.

La filosofía de Kant ejerció por de pronto un influjo esencial en Hugo, que fué el primero que purificó con nuevo espíritu crítico toda la ciencia del derecho romano á la sazon existente, de muchos errores tradicionales; preguntando de un modo verdaderamente kantiano «á cada concepto y á cada principio jurídico por su ascendencia», como Savigny dice en su elogio. Influyó luego tambien esta filosofía, aunque sólo de una manera predominantemente formal, sobre el modo de tratar el derecho romano, de lo cual fué fruto su exposicion dogmática en tratados y manuales sistemáticos, independientes del llamado órden legal, si bien en ocasiones, la misma materia del derecho romano se dividia muy arbitrariamente con arreglo á ciertas ideas exteriores y lógico-formales, como se manifiesta en las obras de Heise († en 1851), Schweppe († en 1829), Mackeldey († en 1834), en parte Müllembruche († en 1843), y especialmente en Thibaut (1772-1840) el más ilustre representante de esta tendencia.

La tercera época comienza con la escuela histórica, que, determinada en la ciencia del derecho, como expresion de una tendencia que necesariamente habia llegado á generalizarse en el espíritu de aquel tiempo por los trabajos críticos y polémicos de Hugo (1764-1846), iniciados en 1788, llegó en el espíritu histórico-crítico, doctrinalmente fecundo y sistemático de Savigny á su punto culminante. El tratado de este jurisconsulto sobre el *Derecho de posesion* (1.ª edicion, 1803) fué la bandera doctrinal de esta escuela. Como reaccion contra el abstracto formalismo de la del derecho natural y el formalismo filosófico con que se trataba el romano, intentó la nueva tendencia, apelando á la historia, que ya habia llamado Cujas «su anzuelo de oro», penetrar en el sentido del derecho romano, estudiándolo en sí mismo, en el espíritu propio de sus instituciones y principios, y aspirando á reconstruirlo en su completa individualidad, mediante el exámen histórico de sus puntos concretos. Al clamor, que, especialmente despues de rechazado el yugo extranjero en 1814, se manifestó en pró de un código general aleman (Thibaut), salió al encuentro esta escuela con su teoría de la gradual informacion del derecho, que repugna toda creacion repentina, señalando además las faltas cometidas en los modernos códigos en materias importantes, y exigiendo que se siguiese aprovechando mejor el tesoro de saludables é imperecederas ideas, contenido en el derecho romano.

Cierto que tambien el germánico alcanzó, desde que Eichhorn hubo dado el impulso en su *Historia política y jurídica* de Alemania, una exposicion histórica más profunda y completa; pero la atencion se dirigía preferentemente, sin embargo, al romano, postergando al primero de una manera clara, y señalándose una tendencia manifiesta á proscribir hasta de la práctica aquellos conceptos que se oponian al derecho de Roma, ó se fundaban en una mala

interpretacion del mismo, pero que tenian una base esencial en el derecho germánico ó en la costumbre. Vióse entonces este último, si no amenazado en su existencia, concebido al ménos erróneamente en su relacion al romano. Lo cual trajo contra la escuela clásica romanista la reaccion de los llamados *germanistas* (1), los cuales en gran modo tambien, merced á un estudio histórico más completo de las diversas instituciones jurídico-germánicas, llegaron á penetrar más hondamente en su naturaleza esencial, aspirando por otra parte á asegurar valor y eficacia práctica á sus ideas. Este antagonismo de Germanistas y Romanistas ha pasado por muchas fases: despues de una cierta aproximacion entre ambas tendencias, renació á poco la disidencia, más bien en punto á principios, pues la nueva escuela germánica aspiró á triunfar del derecho romano, merced al progreso del germánico, segun su espíritu y en relacion con las exigencias de la vida práctica. Semejante lucha, que todavia ha de empeñarse más hondamente y en que ambas partes tienen que penetrar más en el espíritu peculiar y opuesto de ambos derechos, no acabará, sino acudiendo á principios superiores, y estos sólo puede suministrarlos una verdadera Filosofía del Derecho, que forme clara idea de la naturaleza de las relaciones de la vida y del comercio social, y se apoye luego en la historia y en una constante comparacion de ambas legislaciones (2).

(1) Sobre esta escuela y sus más notables representantes, V. la conclusion de la historia del derecho germánico, al fin.

(2) Los tratadistas del derecho *romano* más notables y recientes que se enlazan más ó ménos á la escuela histórica son: HAUBOLD, BETHMANN-HOLLWEG, BIENER, BLUME, BURCHARDI, DIRKSEN, GÖSCHEN, ELVERS, HASSE, DE LÖHR, MAREZOLL, WITTE, ZIMMERN, ROSHIRT, SCHRADER, WARNKÖNIG, WALTER, WAECHTER, SEUFFERT, SINTENIS, HAIMBERGER, UNTERHOLZNER, FRANKE, RIBBENTROPP, G. E. PUCHTA, PUEGGE, ARNDTS, SELL, ED. BÖCKING, DE VANGEROW,

Una nueva época se prepara en muchos sentidos, llamada á ser *filosófico-histórica* armonizando más íntimamente las oposiciones vivas hasta ahora, y promoviendo tambien reformas necesarias en la esfera práctica, merced á la formacion de una ciencia comparada del derecho, y aspirando finalmente á una *codificacion general del derecho aleman.* El antagonismo radical de las escuelas filosófica é histórica ha desaparecido, al ménos en el sentido de que sus más ilustres representantes reconocen la necesaria union de la filosofía y del estudio histórico del derecho positivo. Este es, sin embargo, el primer paso, no más, para llegar á acercarse una á otra. Pero la alta importancia, no sólo teórica, sino práctica, del asunto, el honor de la ciencia y la sinceridad en el propósito y aspiracion á un mútuo concierto, exigen que ni unos ni otros se hagan ilusiones sobre una armonía que de hecho no existe aún y para la cual no basta una yuxtaposicion ni una transaccion meramente externa. Ni gana la escuela histórica con que se la reconozca, aunque sea con iguales fueros á los de la especulacion filosófica, si ha de proseguir ésta oponiéndose en principio á la afirmacion capital de aquella, á saber, la de un desarrollo gradual dependiente de las relaciones de la vida y costumbres totales de un pueblo; ni puede contentarse tampoco la Filosofía del Derecho con que se la considere como una especie de gimnasia del espíritu, y como una aplicacion de la lógica formal á la esfera de la jurisprudencia, negándole autoridad para que establezca y ordene los conceptos jurídicos y juzgue la historia y el estado actual del Derecho.

Dicha Filosofía, haciendo caso omiso de tantos errores producidos hasta ahora en todo desarrollo donde aparecen

KELLER, KIERULF, IHERING, LEIST y otros; en *Francia*, KLIMRATH, GIRAUD, LABOULAYE Y ORTOLAN; en *Holanda*, HOLTIUS, DE TEX, DE ASSEN, DE WAL, VREEDE; en *Bélgica*, MOLITOR Y MAINZ.

opiniones extremadas, ha de atender cuanto merece á la herencia de un pasado digno de estima, y señalar á la vez los resultados que representan la difusion de ideas jurídicas más humanas, la cooperacion general para suprimir ciertas injusticias sociales, la trasformacion radical del derecho penal, y aun las nuevas legislaciones positivas. Exige nuestra época que se venzan los antagonismos anteriores, no por la mera templanza moral de las pasiones, sino por obra de la ciencia misma y de sus superiores conceptos. Esta exigencia no puede satisfacerse en la esfera del Derecho sino por medio de un concierto interior y de principios entre el elemento filosófico y el histórico positivo: concierto para el cual una y otra parte han de llenar ciertas necesarias condiciones.

La Filosofía del Derecho ha de mostrar que la idea fundamental del objeto que expone es un concepto biológico, arraigado, como la vida misma, en un principio fundamental y en fuerzas esencialmente inmutables, pero que llega á una gradual informacion en el tiempo, y contiene asimismo principios fundamentales y supremos que se expresan en las relaciones sociales y en el progreso de las costumbres. La tendencia kantiana no ha podido satisfacer esta condicion, porque, prescindiendo de lo mucho que ha allanado el camino y á pesar de sus méritos incontestables por lo que respecta á un método filosófico más riguroso y una definicion más prévia de los conceptos, padece del vicio fundamental de haber divorciado al Derecho de la Ética, concibiéndolo además fuera de todo interior concierto con la historia. La escuela hegeliana, á causa de su teoría especulativa sobre la evolucion progresiva del espíritu universal, que incluye otros importantes errores fundamentales, ha mezclado Filosofía é Historia entre sí, de tal suerte, que ambas han perdido en realidad su propio sustantivo valor y sus derechos. Stahl, es cierto

que más bien que por su concepto del Derecho, tan limitado, por otros elementos que se contienen en su doctrina ética, se ha ligado estrechamente á la escuela histórica, pero sin dar tampoco á la Filosofía y á la Historia su verdadero é independiente valor. Krause ha recibido en el concepto del Derecho mismo el principio de la vida que se informa progresivamente en las costumbres bajo diversas condiciones. Pero, de un lado, esta doctrina, en virtud de su mayor profundidad filosófica y ética, es la que ménos acceso podia hallar en los jurisconsultos alemanes (1), que más bien que

(1) R. Mohl, que en una crítica de mi *Filosofía del Derecho*, publicada en los *Anales de Heidelberg (Heidelb. Jahrb.)* en 1840, fué quien primero hizo notar la importancia de la teoría jurídica y política de Krause, predijo acertadamente que los más de los profesores de esta ciencia no se dejarian seducir pronto continuando en la "tranquila posesion de las beatíficas doctrinas de Kant, Hegel y Stahl." Entre los filósofos propiamente dichos, se ha verificado, sin embargo, un importante cambio: pues los pensadores más renombrados, y de las más opuestas direcciones, reconocen cada vez más la trascendencia, tanto de la filosofía de Krause, en general, como de su Filosofía del Derecho. J. H. Fichte, en su *Sistema de Ética (System der Ethik* 1850), ha tomado de Krause, como él mismo declara, importantes ideas éticas, como tambien el concepto del derecho (con una pequeña variacion, que nace de una mala inteligencia.) V. sobre esto mi *Filosofía del Derecho*, 4.ª ed. alem. p. 253, etc. Uno de los más discretos representantes de las teorías (antiguas) hegelianas, el profesor Erdmann, en su fundamental *Historia de la Filosofía moderna (Gesch. der neueren Phil.)* 1853, t. III, 2.ª seccion, y en un juicio muy extenso, aunque frecuentemente defectuoso, de Krause, indica á éste y á Hegel como los dos únicos filósofos en los cuales, si bien en *muy diversa direccion* (sobre lo cual se puede opinar de varios modos) la Filosofía moderna ha llegado á cerrarse en un sistema igualmente informado en todas sus partes (p. 367); pone, además, á Krause sobre Hegel (p. 812), por lo que toca á la superioridad de su concepcion filosófico-histórica y observa que lo que aquel filósofo "ha realizado en la Filosofía práctica (en la Ética y la Filosofía del Derecho) le ha adquirido principalmente perpétuo mérito, como lo prueba el creciente número de sus discípulos y (añade Erdmann) plagiarios." Respecto de la Filosofía del Derecho, el más importante discípulo de

los de otros pueblos cultos y á causa de las precedentes aberraciones filosóficas y de la presente superficialidad, muestran una falta de educacion metódico-filosófica, cada vez más visible; y de otro lado esta Filosofía del Derecho tiene todavía que desenvolverse y exponer con mayor rigor su relacion con la Historia, de lo cual es precisamente un ensayo el presente libro, al intento de difundir una mayor armonía. De todo esto resulta que la Filosofía del Derecho no ha llenado completa y satisfactoriamente, por su parte, las condiciones para su concierto con la direccion histórica.

Esta, á su vez, tampoco ha abierto camino para una verdadera concordia. Cierto, no podia escapar á la penetracion de los más ilustres representantes de esta escuela, que existen principios fundamentales del Derecho, los cuales, no pueden conocerse por un estudio histórico, más tan sólo merced á una concepcion filosófica del sér y vida humanos. Pero cuando esta necesidad se hizo sentir, despues de la primera lucha con las teorías jurídicas abstractas, se reveló una gran falta de método filosófico, con una sorprendente indefinicion de los más decisivos conceptos. Así vemos en el mismo Savigny, verdadero modelo, por otra parte, en

---

Baader, discreto adversario de toda tendencia materialista en la Filosofía, el profesor Francisco Hoffmann, hace notar particularmente en su prólogo á las obras completas de Baader *(Baaders sämmtliche Werke*, 1852) p. 52: "qué Filosofía jurídica y política existe, edificada sobre tan profundos principios, ni que pueda medirse en lo profundo y grandioso, con la de Krause?!"; añadiendo: "su completa importancia sólo se conocerá debidamente, cuando la interesante obra del profesor Ahrens (la *Filosofía del Derecho y del Estado)* se presente completa." —Que tal cual vez se noten faltas de inteligencia, no es maravilla tratándose de una doctrina que, como esta, lleva á la íntegra y total concepcion de un objeto y que, por consiguiente, pide ser estudiada con espíritu filosófico, que contempla las partes y aspectos especiales á la luz del todo: lo cual, por lo demás, no es difícil, teniendo alguna educacion metódica y filosófica.

cuanto á dominar la masa de los pormenores por conceptos generales, una deduccion tan insuficiente, y en parte errónea de la idea del Derecho, derivándola del espíritu ó conciencia nacional y ateniéndose, en cuanto á la definicion inmediata de esa idea, al mero concepto kantiano, entendido con alguna más vaguedad (1); y en Puchta, hallamos un retroceso todavia mayor á una teoría subjetiva del Derecho, afin á la de Fichte, pero que carece de todo rigor metódico. Otros se han acercado más á Stahl; y otros, por último, á Hegel; pero estas aproximaciones han sido siempre exteriores, consistiendo, por lo comun, en tomar prestados tan sólo algunos conceptos de tal ó cual doctrina filosófica y aplicarlos, sin más, á las necesidades inmediatas. La gran mayoría ha permanecido apartada de toda especulacion filosófica, contentándose con tomar de Savigny ó de Puchta las más imprescindibles ideas.

Tal como hoy están las cosas, cabria alimentar poca esperanza de que se iniciase en el seno de la escuela histórica mayor aproximacion á la Filosofía del Derecho, si no fuese por ciertos hechos irrecusables que cada vez alcanzan mayor importancia, y abren la espectativa de más ámplios horizontes. Son estos: 1.°, la concepcion y exposicion de los *principios* fundamentales del derecho *romano*, introducida ya por la escuela de Hegel y proseguida por los romanistas actuales; 2.°, la *comparacion* del derecho romano con el germánico y con las legislaciones modernas, usada ya en parte por los germanistas, y cada vez más imprescindible; 3.° y último, la *codificacion*, que cada dia se impone con mayor necesidad, aun para aquellos Estados alemanes que todavia no poseen código alguno: tres hechos que necesariamente conducen á la Filosofía del Derecho.

(1) Sobre la concepcion jurídica de SAVIGNY, V. t. I, p. 54, 76 y 157.

En cuanto al primero, despues de haber intentado Hegel comprender el derecho romano en su carácter interno, y de haberlo juzgado con acierto Stahl en algunos de sus elementos importantes, se ha proseguido de un modo muy feliz, sobre la base indudablemente alcanzada por la escuela histórica, una investigacion fundamental, filosófico-histórica, que penetra más intimamente en las ideas y esencia primordiales de las instituciones romanas (1). La indagacion que ulteriormente debe desenvolverse en esta esfera, y más todavia el juicio ético-filosófico de aquella manifesta-

(1) Así puede observarse en la obra, tantas veces citada, de R. Ihering: *Espíritu del derecho romano en los diversos grados de su desarrollo (Geist des römischen Recht auf den verschiedenen Stufen seiner Entwickelung)* 1.ª parte 1852, 2.ª parte, seccion 1.ª 1854—la cual no he recibido hasta hace muy poco (*a*). Cierto que Ihering se refiere principalmente á Hegel, por lo que toca á los conceptos fundamentales filosóficos; pero los desenvuelve con independencia, á través de todo el material histórico, profundamente elaborado. En cuanto á la concepcion del derecho romano, esta obra hace época; y así como expone especialmente el carácter total de ese derecho en los comienzos históricos tan importantes de su evolucion, es más apropiada para estudiar la naturaleza interna de las más interesantes instituciones jurídicas de aquel pueblo, que otras muchas obras dogmáticas é históricas que se pierden en los pormenores; constituyendo de todas maneras, aun para los estudiantes, un complemento necesario del estudio dogmático é histórico. Sobre algunas explicaciones históricas, y sobre la aplicacion de los conceptos filosóficos, se puede ser de otra opinion, así como cabe un juicio algo diferente del derecho romano, partiendo de otro diverso punto de vista filosófico-jurídico (V. el cap. siguiente); pero todo aquel que aspira á una íntima alianza entre la Filosofía y la Historia, tendrá que agradecer siempre á Ihering, como Röder dice muy bien *(Ideas fundamentales y sentido del derecho romano y el germánico—Grundgedanken und Bedeutung des röm. und germanischen Recht,* 1855) "que haya insistido en la exigencia de atender al todo de una vez, en su interior cohesion y en las ideas fundamentales en que descansa, intentando al propio tiempo indicar el camino para este fin, y estimular grandemente á los contemporáneos, alejados hace mucho de estudios de este género."

(*a*) V. la pág. 41, subnota *(c).—(N. T.)*

cion histórica, vendrá á despertar más y más cada vez profundas exigencias filosófico-jurídicas.

Aun antes de haber estudiado de una manera semejante el derecho germánico en su espíritu peculiar, se habia ya intentado establecer una distincion por principios entre él y el romano y aplicarla á las principales esferas (1). Pero, en este punto, se hizo pronto visible que, por una parte, era necesa-

(1) Así lo intentó C. A. SCHMIDT, Consejero del Tribunal de apelacion en Rostock, en su obra *Distincion por principios entre el derecho romano y el germánico (Der prinzipielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte*, t. I, 1855), en la cual quiere mostrar que el derecho germánico descansa sobre el principio de *objetividad*, determinando y limitando su contenido por los superiores *fines morales* del hombre y de la sociedad; y el romano, por el contrario, sobre el principio de *subjetividad*, teniendo por motivo interno el *egoismo* y fundando su contenido en el libre arbitrio y gusto de la voluntad subjetiva, ajena á todo elemento moral. Schmidt, por lo que se ve, ha comprendido estos dos derechos, segun lo muestra una investigacion más exacta, en una oposicion tan perfecta como errónea, apoyándose (como otros han hecho tambien) en una concepcion del principio jurídico subjetivo y del objetivo que yo habia expuesto históricamente en la introduccion á mi *Fil. del Derecho* (4.ª ed. al.), á pesar de lo cual, él no la cita en parte alguna. Pero en tanto que yo indicaba esta oposicion como tal, mostrando la verdad y el error de cada uno de sus términos y haciendo sentir la necesidad de una concepcion ético-orgánica, Schmidt pretende que sólo valga el principio objetivo y moral, el cual estima realizado en el derecho germánico: parcialidad, que es precisamente la causa de los capitales errores que con tanta precision le han autorizado, especialmente los romanistas. Su obra, sin embargo, es muy digna de atencion, porque pone de manifiesto interesantes diferencias entre los principios romanos y los germánicos, así como la importancia del elemento moral en la vida jurídica; y excita, aun allí donde expone ideas inadmisibles, á la reflexion é investigacion ulterior del asunto.—Sobre esta obra, véase la crítica de ESMARCH en la *Revista general mensual de Ciencia y Literatura (allgem. Monatschrift für Wissenschaft und Literatur)* de Dic. 1853.—Sobre los libros de Ihering, Schmidt, Lenz y el artículo de Esmarch, además del trabajo de Röder, V. el artículo de KUNZE en la *Ojeada crítica sobre Legislacion y Ciencia del Derecho (Kritische Ueberschau der Gesetzgeb. und Rechtsw.)*, t. II, p. 173-228.

rio penetrar el carácter fundamental de aquel; y que la comparacion y juicio de ambos derechos sólo es posible, ante todo, apoyándose en la base de una Filosofía jurídica que recoja en una concepcion superior ética de la vida humana y social las importantes ideas biológicas que en aquellos momentos históricos se han desarrollado y que han impreso su sello en muy peculiares relaciones: camino éste por el cual se reconocerá á la par, en la oposicion subsistente y parcial de ambos derechos, la necesidad de su complemento recíproco (1). Ya las más generales cuestiones, como las de si el derecho germánico considera los elementos morales de la vida más que el romano ó si éste quizá prescinde por entero (como se ha afirmado erróneamente) de toda relacion de esta clase, derivando el derecho puramente de la voluntad arbitraria, etc., sólo pueden decidirse cuando se hayan determinado con toda claridad los conceptos de Derecho y Moralidad y la relacion entre ambos, todavia tan superficialmente explicada por lo comun, así como el fundamento original y el fin del derecho, con otros puntos. Además, si es indudable que el derecho germánico, en tantas instituciones peculiares, especialmente de la vida social, nunca ha divorciado de un modo tan abstracto la esfera del derecho de bienes y la ético-jurídica, hay tambien que estimar esta distincion y concebir

(1) Este punto de vista es el que ha tomado Röder en su ya citado libro: *Ideas fundamentales y sentido del der. romano y el germánico, para concertar la concepcion histórica y la filosófica del derecho y promover los estudios de legislacion comparada (Grundgedanken und Bedeutung des röm. und german. Rechts* etc. 1855). En esta obra, en la cual se expone, tanto el estado de la cuestion como las opiniones principales de Ihering, Schmidt, Lenz y Esmarch en un sumario juicio, se hace resaltar perfectamente, sobre la base de estudios históricos y positivos, especialmente el carácter del derecho germánico, á diferencia de la concepcion de Schmidt, y se le considera destinado á mútuo complemento con el romano: complemento realizado ya en gran parte por la historia de la vida jurídica alemana.

y desenvolver toda aquella esfera, así en las cosas como en las obligaciones, en nuestro tiempo—donde se han producido muchas nuevas relaciones económicas, desconocidas al derecho romano y al germánico antiguo—atendiendo al elemento económico, tan frecuentemente olvidado en los estudios jurídicos.

Por último, á consecuencia de la creciente confusion del derecho en los más de los Estados alemanes, se deja sentir cada vez de un modo más apremiante la necesidad de una *codificacion* general (1), si bien, ante todo y segun el sistema aleman del particularismo, destinada sólo para algunos Estados, en los que han comenzado los más ilustres romanistas á considerarla inevitable. Dicha codificacion es, sin embargo, difícil empresa hoy todavia: porque precisamente la escuela histórico-romanista, no sólo en su intencion, sino en la ciencia, ha contribuido poco para este fin, en comparacion con las fuerzas que ha aplicado al derecho romano: ya que, en lugar de considerar á éste y sus teorías desde el punto de vista de la vida en sí misma, no ha contemplado á ésta sino reflejada en los conceptos romanos (2): los cuales, si bien se comprenden hoy más exacta y discretamente que antes, segun el espíritu del derecho á que pertenecen, son con todo, merced á su parcialidad, tan inservibles para una nueva legislacion, como para la vigente, que en las más importantes materias ha tenido por necesidad que contar con las ideas germánicas. Ahora, hasta hoy, ninguna conciliacion científica se ha intentado entre el derecho romano y el germánico. Por esto, los nuevos ensayos de codificacion no han hallado sino muy leve apoyo en la moderna ciencia alemana, y han tenido que acogerse á las nuevas legislacio-

(1) Sobre la cuestion de la codificacion, véase el final de la historia del Derecho en Alemania.

(2) Comp. p. 77, nota (1).

nes, tantas veces juzgadas con injusticia y nacidas bajo el influjo de principios filosófico-jurídicos anticuados, especialmente el código austriaco, que expone más bien teorías generales, aunque á menudo concebidas muy abstractamente.

Si, por el contrario, se hallase más desarrollada una ciencia comparada del Derecho, además de la investigacion fundamental del romano y el germánico, sobre la base de un juicio de ambos, segun las actuales condiciones biológicas y sociales, habria sido esa ciencia verdaderamente provechosa para la vida, y suministrado á las nuevas legislaciones puntos de vista directores y hasta un material útil. Dicha ciencia comparada, que con tan grande éxito se ha venido aplicando desde hace largo tiempo en la esfera penal, cuya reforma se debe á la Filosofía del Derecho, y que desde entonces se viene tratando y desenvolviendo cada vez más con espíritu filosófico, continúa siendo una exigencia irremisible en el órden civil, no sólo para preparar su trasformacion, sino tambien para el progreso de todas las legislaciones actuales.

A la Filosofía del Derecho corresponde asimismo una nueva y superior mision en este respecto. Si antes, en épocas de mucha menor cultura, favoreció esencialmente el desarrollo de la legislacion, hoy, cuando se concibe al Derecho en más íntima relacion con la vida y con el incesante progreso de sus condiciones, necesita establecer el superior criterio para la comparacion, estimacion y seleccion de las diversas ideas jurídicas, precediendo á la accion legislativa y cooperando para que las legislaciones actuales se desenvuelvan, no segun principios antiguos y parciales, sino en conformidad con el espíritu progresivo que en el fondo contienen y de acuerdo con las necesidades reales de la sociedad y de la vida.

CAPÍTULO IV.

BREVE JUICIO FILOSÓFICO-JURÍDICO DEL DERECHO ROMANO (1).

El juicio del derecho romano comprende esencialmente: 1.°, su estimacion *histórica*, por una parte, conforme á la mision cumplida por él en la historia universal, así como por otra, segun la propia importancia y significacion de un interior desarrollo; 2.°, su estimacion en *sí mismo*, en su contenido y su forma; 3.°, la consideracion del importante *influjo* que ha ejercido en la evolucion jurídica de muchos pueblos y especialmente en el derecho germano, y la de su valor para la vida y ciencia del Derecho al *presente*.

§. 1.—Juicio histórico.

1. La mision y los hechos del espíritu romano en la historia universal se ha hecho consistir modernamente, á ejemplo de Hegel, casi por todos, en la *realizacion de la idea del Derecho* (2). Pero si esta opinion no ha de contradecir á la

(1) V. en general sobre este punto HEGEL, *Lecciones sobre la Filosofía de la Historia (Vorles. über die Phil. der Gesch.)*, 2.ª ed. 1846; GANZ, *Der. de suc.* passim; STAHL, *Fil. del Der.* II, 1.er apéndice; y especialmente IHERING, *o. c.*

(2) Así dice tambien STAHL, *o. c.*: "es una opinion verdadera y hoy muy difundida la de que el derecho romano ha realizado en la historia universal ante todo y predominantemente la idea del Derecho" y añade por nota: "esta opinion, nacida de las grandes investigaciones históricas de nuestro tiempo la ha expresado con claridad y precision por vez primera Hegel;" pero observa que "el juicio moral de Hegel sobre los romanos, por oposicion á los griegos, no puede tenerse por verdadero y justo."

historia y á la verdad general de que todo pueblo, segun su concepcion biológica y sus costumbres, ordena jurídicamente las condiciones esenciales de su vida de tal ó cual modo, del que el Derecho, tan universal como esta, es expresion exterior, dicha opinion debe limitarse en el sentido de que el espíritu de aquel pueblo ha hecho valer de una manera sustantiva é *independiente* el Derecho, en la esfera pública y en la privada, desenvolviéndolo y perfeccionándolo, especialmente en la última.

Esta tendencia genética del Derecho y el Estado no puede explicarse por el modo de nacer éste, por más que no sea indiferente; ni por el «bandolerismo de sus orígenes,» como el mismo Hegel erróneamente piensa; ni ménos por la diversidad de elementos que compusieron aquella nacionalidad, y que suponen dió otra direccion al primitivo carácter nacional; sino, ante todo, por lo más íntimo y profundo, esto es, por la tendencia hácia las relaciones exteriores finitas y condicionales de la vida que llegó á ser predominante en el pueblo romano entero: por la aspiracion á hacerlo servir todo á esta clase de fines, aplicando á ellos un claro entendimiento y realizándolos con enérgica voluntad (1). Esta tendencia ha conducido á la progresiva separacion de la vida jurídica y política respecto de la religion (2), y en parte de la moralidad y el espíritu ético, y convertido al pueblo romano en el representante abstracto del Derecho y el Estado en la antigüedad; expresándose ya desde el principio en su concepcion biológica y jurídica y acentuándose más y más cada vez, segun brevemente expondremos.

(1) Comp. p. 62.

(2) Véase la *Ciudad antigua* de Fustel de Coulanges: además de completar y rectificar lo que sobre este punto dice Ahrens, muestra que no en todas las épocas de la historia romana es exacto lo que dice Montesquieu: que Roma hizo la religion para el Estado, así como los demás pueblos el Estado para la religion.—(A.)

Comencemos por la *religion*. Como en todos los estadios más primitivos aún de la vida social, hallábanse en Roma íntimamente enlazados, en los primeros tiempos, religion, moral, Estado y Derecho. Pero este vínculo muestra ya, desde el comienzo, la preponderancia del elemento político. En las colonias que fundaron á Roma, fué más débil, por lo comun, el principio religioso; y en el difícil establecimiento de la nueva república, compuesta de tan diversos factores, tenia necesariamente que preponderar el aspecto político. Así, en los sabinos y latinos, que muestran tantos caractéres comunes con otras razas arias (indo-europeas) afines, con los indos, persas y griegos, como el culto de los astros y del fuego, que todavia especialmente se observa en Roma en el ara de Vesta, Ἑστια (1), y el principio de purificacion (lustracion) (2), la religion y el culto habian tomado ya un carácter más externo; y la colonia de los etruscos, disgregada de una comunidad muy floreciente en otros tiempos, pero ya entonces en decadencia, trajo á Roma, sin duda alguna, muchas aptitudes y artes, y de seguro un sentido más hábil y prudente para el gobierno del Estado; pero tambien—fuera del culto sombrío é inclinado al misterio, y que jamás llegó á penetrar en la ciudad—las formas y ceremonias externas de la religion, que los romanos mismos derivaban, con razon ciertamente, de la capital etrusca *Kaere*.

En esta enervacion y tendencia externa de la vida religiosa, tenia que renunciar la religion, dado el incremento de la tendencia política, que solicitaba todas las fuerzas, á un

(1) V. pág. 61.

(2) Debe sin embargo considerarse como un carácter comun de los pueblos indo-europeos, por oposicion á los semíticos, que la religion y el sacerdocio, por importantes que hayan podido ser en su vida, jamás han logrado en el Estado y en la sociedad una posicion verdaderamente predominante. En la indicada tendencia de los romanos, debe, pues, reconocerse un carácter étnico.

influjo directo y determinante; por más que conservase su importancia casi hasta la conclusion de la república, en el sentido de que ningun acto de interés se emprendia sin apelar á la religion. Pero el impulso, la iniciativa, proceden siempre en Roma del Estado y sus autoridades. En un principio, el sumo sacerdote es el rey mismo, *rex sacrorum*—derivándose comunmente la palabra *rex* de ῥέξειν—sometido, por lo que concierne á las formas exteriores, al *pontifex maximus*. A la supresion de la monarquía, se instituyó un *rex sacrorum* especial; pero, así como entre las dignidades eclesiásticas los verdaderos ministros sacerdotales, los flamines, los colegios de los sálios y de los arvales, perdieron ya desde muy antiguo su importancia, hasta el punto de que para nada intervinieron en las luchas de los partidos, mientras que los colegios que tenian un influjo político, como los pontífices, augures, feciales para las relaciones internacionales y la conservacion de los libros sibilinos (1), fueron objeto de la lucha victoriosa de la plebe para ingresar en ellos, así tambien jamás estas dignidades trajeron anejo *imperium* alguno, esto es, un poder creador de su propio impulso, lo cual acontecia por el contrario en todas las funciones civiles. El influjo de aquellos colegios y personas dependia, como se ha hecho notar acertadamente, de la excitacion de una autoridad del Estado para que ejercitasen sus funciones. Cierto

(1) Sobre el *jus sacrum* en general y las diversas dignidades religiosas, V. GÖTTLING, *Historia de la constitucion política de Roma (Gesch. der röm. Staatsverfassung,* 1840, p. 167-215.)—Son tambien especialmente instructivos los escritos de AMBROSCH, *Estudios é indicaciones en la esfera de la agricultura y el culto de los antiguos romanos (Studien und Andeutungen im Gebiete des altrömischen Bodens und Cultus,* 1839) y los *Libros religiosos de los romanos (Die Religionsbücher der Römer),* 1843; así como DE RUBINO, *Investigaciones sobre la constitucion é historia romanas (Untersuchungen über römische Verfassung und Geschichte),* 1840 y IHERING, *o. c.* p. 256, etc.

que el *jus sacrum*, mientras hubo fé religiosa, fué de grande importancia y excluia de todos los *sacris* al declarado *sacer;* pero sólo la legislacion es la que dió á la *sacertas* el valor de un medio penal. Los pontífices (1) podian, á la verdad, dictar sentencias penales; pero tenian que ser requeridos para ello, y de sus fallos podia apelarse al pueblo. Los feciales tampoco podian proceder sin esta excitacion; y en la doctrina de los auspicios regia el principio, aplicado en una ley (y que muestra el carácter jurídico (2) de toda la esfera religiosa), de

(1) MOMMSEN, *o. c.*, p. 117, caracteriza del siguiente modo el influjo práctico de la religion: "Los sacerdotes, y especialmente los pontífices, utilizaron el temor á los dioses para acentuar las obligaciones morales, y en particular, aquellas cuyo cumplimiento no cabe exigir suficientemente por las vias jurídicas. Así, en la trasgresion de los límites que separaban las heredades, en el hurto nocturno de los frutos en gavillas, en el atentado á la persona del rey, además de las penas civiles, tenia lugar el anatema de la divinidad correspondiente. Pero aun en aquello que no incumbia á la comunidad, como cuando el marido vendia á su mujer, ó el padre al hijo casado, cuando el hijo ó la nuera alzaban la mano contra el padre ó el suegro, cuando el patron violaba la promesa hecha á su huésped ó al cliente, el reo de estos atentados podria evitar las penas civiles, pero no sustraerse á la maldicion divina que pesaba sobre su cabeza. No significa esto que el *sacer* y entregado á la cólera divina fuese proscrito de la sociedad, proscripcion contraria á todo órden civil y que sólo en circunstancias excepcionales, durante las luchas políticas, se añade en Roma al anatema para agravarlo, sin que se siga de éste, cuyo cumplimiento no corresponde á la jurisdiccion civil, y ménos por tanto á tal ó cual ciudadano, ni á los sacerdotes, que carecian de poder para ello; sino tan sólo á los dioses mismos. Mas la creencia piadosa del pueblo, sobre las cuales se apoya dicho anatema, habrá sido en los antiguos tiempos muy enérgica, aun en los hombres ligeros y malvados."—Pero Mommsen tambien nota (p. 116) "el inflexible rigor con que se ha mantenido siempre el principio de que el sacerdocio carezca de todo poder en el Estado, y, excluido de todo imperio, esté obligado á obedecer aun á la autoridad más subalterna, al igual de los restantes ciudadanos."

(2) IHERING, p. 354, considera como un problema interesante el de mostrar las analogías entre la jurisprudencia romana y el modo de

que el signo posterior borra el anterior; de suerte que toda la organizacion de los auspicios vino á subordinarse á aquellos que tenian que iniciarlos, disponerlos, proseguirlos ó suspenderlos.

Con esto, se fueron debilitando cada vez más las creencias en el curso del desarrollo histórico y en medio de las discordias civiles. Ya en tiempo de los reyes, se puede observar una modificacion importante en el espíritu religioso, y un predominio de la tendencia política que la república desarrolló bien pronto (1) con la más decidida pretericion de la religion. Los patricios continúan siendo, á la verdad, los mantenedores del principio religioso, pero es principalmente por un interés de clase. La religion fué arrastrada á las luchas de los partidos, subordinándose cada vez más de esta suerte á consideraciones políticas, y señalándose cada victoria de los plebeyos por una nueva enervacion de su principio, hasta que al cabo religion y Estado perecieron en naufragio comun.

La concepcion romana de las relaciones entre el Estado y la religion, debe por tanto juzgarse en sí misma y en sus consecuencias. En principio, hay ciertamente progreso, y progreso esencial, por respecto al Oriente, en esa posicion sustantiva de la vida jurídica y política, con toda independencia de la religion y sus órganos; como hay un certero tac-

proceder la religion (v. gr., el formalismo, la consecuencia, las ficciones, los asuntos ficticios ó aparentes, etc., y aun tantos principios materiales), pues como RUBINO advierte: "la *justi atque injusti scientia* comprende tambien la religion, lo cual caracteriza bastante el modo de pensar romano"; y así recibe su verdadero sentido la definicion legal de la jurisprudencia como *rerum divinarum atque humanarum notitia, justi atque injusti scientia.*

(1) AMBROSCH, *Estudios*, p. 64, coloca el comienzo de la decadencia de la teología pontificia, así como de la disciplina de los augures, en los tiempos que siguen á la segunda guerra púnica. Comp. IHERING, p. 317 y la 86 del presente tomo.

to político en no conceder á dichos órganos poder alguno externo. Pero si, por una parte, hay que reconocer que la más profunda causa de corrupcion consistia en la falta de una religiosidad verdaderamente íntima, la cual no podia ser fruto del politeismo, debe reputarse tambien como una razon esencial de que se precipitase la comun ruina, esa completa falta de independencia de todos los órganos investidos de funciones religiosas, esa prohibicion de toda iniciativa, por compatible que fuese con la autoridad y sustantividad del Estado, y esa estrecha sujecion á la vida política y sus vicisitudes; no ménos que esa tendencia política exclusiva, sin límite alguno, ni verdadero contrapeso religioso, ni moral, alimentada por tantas pasiones egoistas: tendencia cada vez más enérgica y afanada por subyugar á los otros pueblos, y que ha conducido en el interior á la disolucion de toda la vida romana.

Consideremos ahora igualmente la concepcion jurídica y política de este pueblo, en relacion á las costumbres y la moralidad (1).

---

(1) Comp. IHERING, 2.ª parte, p. 48. Su exposicion comienza con las siguientes notables palabras: "Nuestra exposicion toca aquí á un punto espinoso: es como el cabo de Hornos de la Filosofía del Derecho. Creo merecer más bien la aprobacion que la censura del lector, por no atreverme á acercarme demasiado á este punto, sino, antes por el contrario y hasta donde nuestro fin lo permite, navegar á la mayor distancia posible de él"; y observa además en la nota que por "lo que concierne á la distincion entre el Derecho y la Moral, se adhiere á la opinion de STAHL en su *Filosofía del Derecho*".—Pero en este último respecto, no puedo dispensarme de advertir que Ihering, sin embargo, diverge *esencialmente* de Stahl: pues que, segun la concepcion de éste, el juicio del derecho romano (como por lo demás Stahl mismo lo ha expuesto por apéndice en su libro) tendria que ser muy distinto en puntos importantes. En general, aquella cuestion es vital y grave, no sólo para los filósofos del Derecho, sino tambien para los juristas que no consideran á éste como cosa seca y nudamente positiva, sino en su mútua relacion con la vida, de la cual

Así como, á partir de la familia, primera comunidad ética (1), propenden á manifestarse en órganos especiales las tendencias y funciones esenciales de la naturaleza humana (religion, moralidad, Derecho, industria), contenidas en ella, al compás del progreso en que se vá desenvolviendo el ulterior organismo de la vida comun, así tambien hallamos en Roma, segun se ha hecho notar con acierto (2), una funcion exteriormente informada, que se desenvuelve de modo verdaderamente orgánico desde el principio familiar, y consagrada al elemento *moral* de la vida, en cuanto constituia una necesidad social. Tal es la institucion de la *censura*. En ella se muestra de nuevo el sentido característico de los romanos para imprimir externamente, en determinados instrumentos y formas, lo que consideran una exigencia de la vida; así como tambien la tendencia á subordinarlo todo á la política, pues la *censura morum* se enlaza á la *censio* política, al impuesto del ciudadano, pero distinguiéndose aquel elemento moral, representado en la censura, del principio jurídico. El juicio censorio *(animadversio, notatio, auctoritas censoria)* tampoco se iguala con la sentencia del juez *(judicium)*, ni su consecuencia *(res judicata)*; no podia destruir la eficacia de los negocios jurídicos; se dictaba por el censor sólo para un lustro, tiempo de duracion de su cargo (lo cual correspondia perfectamente tambien á la idea de la posibilidad de correccion moral) y podia convertirse, merced al derecho de intercesion del otro colega, propio de todos los magistrados

no cabe segregar el elemento moral; así como para todo aquel que quiera intentar un juicio y comparacion internos entre el derecho romano, el germánico y el moderno.

(1) Véase pág. 142, t. I.

(2) Ihering, p. 51. Ya las familias samnitas tuvieron tribunales morales para los asuntos matrimoniales, y los lucanos tambien en otros respectos: V. Göttling, *o. c.*, p. 9, y el libro de Jarke citado en la pág. 85.

superiores, de nota oficial y pública, en meramente personal y privada. En esta distincion entre la censura y la judicatura, ni el censor en sus funciones, ni el pueblo en su opinion, podian confundir la moralidad y el Derecho: donde se puede ver asimismo un mérito formal del romano respecto del griego, que nunca distinguió tan exactamente las infracciones morales (ὕβρις) de las jurídicas (1).

La autoridad del censor no se manifestaba tanto, sin embargo, en las relaciones de derecho privado, como en las propiamente morales, financieras y de derecho público. Así es que se revelaba en el perjurio, en la falta de veracidad, en la mala educacion por parte de los padres—ya por excesivo rigor, ya por excesiva lenidad—, en la corrupcion de menores, en la desobediencia de éstos respecto de sus padres, en la separacion de los cónyuges sin causa suficiente, en la prodigalidad en la administracion doméstica, en las captaciones de herencias, en la crueldad contra los esclavos, la cual no castigaba por su parte la ley, en el tráfico en pequeño, impropio de un ciudadano romano, en la profesion del teatro, en el desórden de las costumbres, en el despilfarro y hasta en el simple lujo, en la mala explotacion agrícola, en la infraccion del respeto debido á la autoridad, en el abuso del poder público, en la cobardía ante el enemigo, en el abandono de los *sacra* pátrios, etc. (2).

Los censores dictaban su fallo, unas veces atendiendo sólo á sus datos y convicciones propias; otras, despues de haber oido las quejas ordinarias, al acusado y los testigos que traia éste, y de haberse asesorado del parecer del consejo censorial, con cuyo dictámen no estaban obligados á conformarse. El sentenciado podia apelar al pueblo; y si llegaba á probar la injusticia de la condena, éste la levantaba,

(1) V. pág. 31.
(2) V. las *notas* de GÖTTLING, *o. c.*, p. 343.—IHERING, II, p. 50.

aunque rara vez lo hizo. La pena, consistia para un senador, en su expulsion del Senado; para un caballero, en separarlo de la órden (del cual se salia á veces por tener mal cuidado el caballo); para los ciudadanos que no eran senadores ni caballeros, en expulsarlos de la tríbu, inscribiéndolos entre los *aerarii* (1), lo cual llevaba consigo la pérdida del derecho de contribuir al impuesto con arreglo al censo.

En este poder de los censores, que aumentó todavia la *lex Ovinia* (2), de fecha incierta, haciendo que redactasen la lista del Senado, con asentimiento de éste y asistencia de los treinta *lictores*, en representacion de las curias, se reconoce un importante complemento de toda la vida política y jurídica romana, así como tambien en cierto modo un equivalente á la funcion que, en Grecia, desempeñaba el que tomaba las cuentas á los empleados públicos.

Pero, á la manera como la extension de la ciudad y el Estado debió ir necesariamente debilitando esta autoridad al paso con la decadencia de la vida pública, si bien subsistió todavia en la forma (como *praefectura morum* bajo los Emperadores), vuelve á aparecer tambien en esta institucion un vicio capital de toda la tendencia del espíritu romano, por la manera abstracta y exterior con que se halla organizada. La cual resalta más especialmente, si se compara la vida jurídica de Roma con la germánica. En efecto, en

(1) "*Aerarius* es todo ciudadano mayor, que no pertenece á tríbu alguna local. Los *aerarii* comprenden: 1.°, los *municipes sine suffragio*; 2.°, los *infames* (V. SAVIGNY, *Sist. del der. rom.*, t. II); 3.°, aquellos á quienes los censores, en virtud de su poder, aplican la más grave *nota censoria*, la expulsion de la tríbu, á que se refiere el texto. Estas tres clases de *aerarii* carecen del *jus suffragii*, etc., etc.—V. para más pormenores WILLEMS, *Le droit public romain*, 3.ª ed p. 95-99."—Debemos estas indicaciones á la bondad del Sr. D. Manuel Torres Campos, erudito bibliotecario de la Academia matritense de Jurisprudencia y Legislacion.—(*N. T.*)

(2) V. NIEBUHR, *o. c.*, p. 586 y GÖTTLING, 346.

ésta, las funciones morales se desarrollan á la par orgánicamente con las más importantes instituciones jurídicas; el principio moral en todas las clases, corporaciones y sociedades, así en las relaciones puramente personales, como en las constituidas por los bienes de fortuna, se revela constantemente en las condiciones de honradez, conducta moral, buen uso de la riqueza, etc., y la autoridad disciplinaria se ejerce por aquellos organismos; por el contrario, en Roma, aparece la censura como una funcion centralizada y exterior al todo. Pero la falta de un principio vigoroso y unitario, centralizador, que caracteriza por otra parte la vida jurídica alemana, haciéndola declinar en un particularismo exajerado, se muestra tambien en esta institucion; y si en nuestra época no puede desconocerse la necesidad de reorganizar jurídica y moralmente el elemento corporativo, importa observar, sin duda, que podria servir á este fin el derecho romano de complemento al germánico: puesto que, prescindiendo del enlace del principio moral con las instituciones, recibiria éste una organizacion especial por el apoyo de la asociacion y la constitucion de una autoridad social revestida de determinadas facultades, en términos (1) de que permaneciesen inviolables los límites reales entre la moralidad y el Derecho.

Si ahora consideramos en especial la relacion de la moralidad y las costumbres con el derecho *privado*, importará recordar lo que ya se dijo (2) de que las costumbres y la opinion

(1) Ya en la primera edicion francesa (1839) de mi *Filosofía del Derecho*, hice resaltar la necesidad de organizar socialmente el principio moral, aludiendo ciertamente á la censura romana y á la eclesiástica de la Edad Media, análoga á aquella, segun observa tambien IHERING (II, p. 53), pero que exige una constitucion esencialmente diversa. Alguna mayor explicacion sobre esto puede verse en el libro IV *(Teoría del Estado)*.

(2) V. p. 85.

pública determinada por ellas vinieron siendo en los tiempos primitivos, como ulteriormente la censura, un elemento moderador y limitador para muchas de las relaciones regidas por el principio del mero poder *(potestas, manus, mancipium)*. Mas por lo que toca al principio moral, propiamente dicho y revelado, por una parte, en los impulsos *viciosos* que determinan á la voluntad y la apartan de su verdadero objeto, como son el error, el engaño, el miedo, etc., y por otra, en las *obligaciones* que subsisten objetivamente en sí y aparecen como motivos determinantes de la voluntad, debe reconocerse, sobre todo en el primer respecto, el progreso que existe en el desarrollo del derecho romano, desde la concepcion puramente exterior de las relaciones jurídicas, á la consideracion de aquellos motivos internos que atestiguan la defectuosa direccion de la voluntad. El derecho antiguo, todavia expuesto en la XII tablas, se caracterizaba en este respecto por el principio: *cum nexum faciet mancipiumve, uti lingua nuncupassit, ita jus esto:* de suerte que aquellas circuntancias no se consideraban. Fueron sin embargo, como es sabido, objeto de la proteccion del pretor; y las doctrinas del *dolus, error, vis ac metus, culpa,* así como la de la caucion por faltas en la compra-venta y en la permuta, afin con aquellas y establecida por los ediles y extendida despues por la ciencia, fueron desarrolladas con mucha sagacidad y de un modo correspondiente á dichas relaciones.

Mas por lo que concierne á considerar *deberes* objetivos respecto de otros y de la comunidad social, debe distinguirse entre la concepcion fundamental y las disposiciones engendradas por las necesidades imprescindibles de la vida. En el último respecto, los considera, sin duda, el derecho romano, por ser inconcebible su completo olvido en comunidad alguna jurídica. Así aparece el respeto á la familia y á la socie-

dad en la prohibicion de administrar los bienes, impuesta al pródigo. Las relaciones de vecindad condujeron á las disposiciones de las XII tablas sobre el curso de las aguas llovedizas, la corta de árboles que caen sobre el fundo vecino, la recoleccion de frutos, etc. En el derecho real, no se dió por lo demás, limitacion alguna de la propiedad, ni aun en la territorial, tan importante, ni por respeto á la familia, prohibiendo la enajenacion, ni por razones económico-sociales, por la de la divisibilidad ó la de acumular en una misma mano grandes heredades, acumulacion reconocida posteriormente por tan peligrosa (*latifundia perdidere Italiam*—Plinio).—En el derecho de obligaciones, sólo establecieron las XII tablas la tasa del interés, hasta entonces desconocida (*foenus unciarium* $8\,{}^1/_3$ $p^o/_o$).—En las sucesiones, habia dejado aquel código absoluta libertad de testar, sin atender á la familia y especialmente á los hijos, que podian ser desheredados sin razon alguna por el padre, así como, vice-versa, instituidos de tal modo, que fuesen herederos sin y aun contra su voluntad. Sólo mucho despues el derecho pretorio y la ciencia limitaron esta libertad absoluta por la *querela inofficiosi testamenti (quasi non sanae mentis fuerit* (1) *testator)*.

Estas limitaciones, producidas por las más apremiantes causas, no mudan sin embargo el carácter fundamental del derecho romano; mas para estimar á éste debidamente en su relacion con la moralidad, se necesitan todavia algunas reflexiones (2). En sí mismo, el derecho no es moral ni inmoral; tiene su propia sustantividad, que debe guardar en todos los casos. Pero el principio que de él se ha expuesto, á saber, que tiene la mision de determinar y conservar las condiciones de coexistencia (y, en nuestra opinion, de asis-

(1) L., 2, 5, D., 5, 2.
(2) Comp. p. 35, I.

tencia tambien) entre las libres personalidades de una comunidad, ha de aplicarse al derecho mismo. Tambien éste, aunque sustantivo en sí, existe y se mantiene en comunion superior con todos los demás bienes, especialmente con la religion y la moralidad: en cuya comunion ética, establecida por Dios en la realidad y en la vida, deben asimismo mantenerse esas condiciones de coexistencia y de mútuo influjo y proteccion.

Ahora bien, una comunidad que cuida sólo de asegurar los medios más exteriores para la mera coexistencia de sus miembros, abandonando todo lo demás al ilimitado arbitrio y fuerza independiente de los indivíduos, manifiesta hallarse todavia en los primeros y más rudos comienzos de su desarrollo: por donde á un derecho que no vela por las relaciones éticas esenciales, debe acusársele de cierta grosería, aunque en otros respectos dé pruebas de vigor y sagacidad. Y el derecho romano, desde su orígen y en toda su constitucion, muestra en su carácter y principios fundamentales un desprecio tal contra todo principio ético, que, lejos de proteger y favorecer las relaciones de esta clase, podria decirse que sólo á la fuerza sufre las más imprescindibles restricciones. Este punto ha sido ya indicado por otros (1); pero conviene repetir que

(1) HEGEL, *Filosofía de la Historia, (Phil. der Gesch.)*, 2.ª ed., 1840, es el primero que ha indicado, aunque no con toda exactitud, este fundamento interno; y STAHL, en su *Fil del Der. (Rechtsphil.)*, II, 1, ha indicado por vez primera más acertadamente el carácter de ese derecho en sí mismo.—Hegel dice (p. 351): "al entendimiento servil, sin ingénio ni sentimiento, del pueblo romano, tenemos que agradecer el orígen y desarrollo del derecho *positivo*. Pues hemos visto ya cómo en Oriente se convirtieron en preceptos jurídicos relaciones morales; aun entre los griegos fué la moral juntamente Derecho: precisamente por esto, dependia por completo la constitucion de las costumbres y el sentido de la vida, careciendo todavia de una firmeza que la asegurase contra la volubilidad interior y el particularismo subjetivo. Ahora bien, los romanos han realizado esta separacion é

la objecion no vá dirigida contra la sustantividad del Derecho, sino contra un áspero modo de concebirlo y desarrollarlo, que dondé quiera prescinde de las más indispensables exigencias: ya que, en vez de atraccion y afinidad, muestra el derecho romano abierta repulsion contra el elemento moral. Y si puede concederse la necesidad de que en el desenvolvimiento de la cultura de los pueblos, que hasta hoy casi siempre ha progresado de extremo á extremo, haya sido una vez realizado el Derecho singularmente en su fuente subje-

inventado (?) un principio jurídico exterior, esto es, ajeno á la intencion moral y al sentimiento. Si nos han hecho con esto un gran presente en la *forma*, podemos servirnos de él y gozarlo, sin hacernos víctimas de aquel árido entendimiento, ni tomarlo como la última palabra de la sabiduría y la razon. Las víctimas fueron los que vivieron entonces; pero conquistando por esto mismo para otros la libertad del espíritu, esto es, la libertad interior, emancipada por su medio de aquella esfera de lo exterior y finito. El espíritu, el ánimo, el sentido é intencion moral no tienen ya más que temer verse envueltas con aquel entendimiento abstractamente jurídico".—Stahl (p. 394) dice: "la idea del derecho en sentido subjetivo *(Berechtigung)*, del derecho adquirido, aparece entre los romanos concebida con parcialidad, á saber: como mera facultad, no penetrada ni templada por obligacion alguna ni superior necesidad determinante. No es que los romanos, al modo de la teoría actual revolucionaria del derecho natural, supusiesen derechos humanos abstractos y sin contenido ó atribuyesen al ciudadano sólo derechos y no deberes; sino que en todo aparecen derechos *concretos* y precisos, tales como nacen de la naturaleza de las instituciones jurídicas, de lo que exigen las diversas situaciones de la vida y del sentido de los negocios. Pero la medida y el límite en el uso de estos derechos, su dependencia respecto de una prestacion recíproca, del cumplimiento de un deber, todo lo cual debia seguirse igualmente de la naturaleza de dichas instituciones, ha sido inaccesible á la civilizacion romana: las obligaciones subsisten como una cosa completamente separada, yuxtapuesta y exterior á los derechos. El derecho, en el concepto romano, es una esfera de la arbitrariedad *(Schalten)* completamente incondicional (soberana)."—Stahl muestra luego este carácter en el derecho público, así como en el real, el de obligaciones y el de familia, por medio de rasgos esenciales.

tiva y en toda su crudeza, para poner en claro la conciencia de la personalidad y asegurarla como una conquista permanente para los tiempos ulteriores, no puedê por ménos de hacer notar un juicio objetivo lo vicioso de aquella nuda exterioridad en el egoismo del individuo.

No se muestra empero tan defectuoso el derecho romano en sí mismo, cuanto en su génesis íntima en el carácter nacional: porque, así como en la vida romana y su interior desenvolvimiento falta el principio ético de la *comunidad* de los vínculos morales y jurídicos, de la organizacion en diversas clases y profesiones, así tambien aparece visible esta laguna en el Derecho. Recibe éste, por lo mismo, aquel carácter de grande unidad é igualdad que tanto atractivo tiene para su estudio y exposicion, y que ha sido tan favorable á las tendencias igualitarias en esta esfera; pudiendo verse en esa direccion más central el complemento y vigorizacion del derecho germánico, tan propenso á perderse en el elemento particular de las condiciones de la vida y sus varias tendencias. Pero, así como se manifiesta un sorprendente exclusivismo en el espíritu romano, por la falta general de impulso para formar instituciones internas, orgánicas y corporativas, aparece tambien muy defectuoso su derecho por considerar de un modo puramente *abstracto* sólo los miembros exteriores de una oposicion, á saber: por una parte, la unidad y generalidad del Estado, con sus autoridades y funciones; por otra, el atomismo de las personalidades individuales, todas independientes entre sí, unas en frente de otras, y tantas veces entregadas á la servidumbre de sus intereses egoistas.

Precisamente en los vínculos corporativos del derecho aleman, se ofrecen el elemento moral y el jurídico en correspondencia. Pues las relaciones económicas se determinan como es debido: no de una manera abstracta, sino segun el fin del vínculo mismo (v. gr., industrial ó agrícola), como

tambien se considera la accion útil, la buena conducta moral y honrada; y la opuesta, tan luego como se revela en acciones *exteriormente* apreciables, puede engendrar asimismo consecuencias jurídicas. De esta suerte, Derecho y moralidad, aunque enlazados entre sí, permanecen sin confundirse: como no se confunden en el derecho penal, cuando por una parte se castiga lo que hay de absolutamente inmoral en los actos externos, y se retrocede por otra desde estos al estado íntimo, psíquico y moral del agente. El derecho romano, para no descaminarse y difundir una concepcion jurídica muy limitada, necesita, pues, completarse por el germánico, purificado á su vez en muchos respectos por una filosofía del Derecho, verdaderamente ética.

La vida romana decayó (1) con las buenas costumbres antiguas; y en este respecto, su derecho, lejos de tener fuerza para oponerse á esa decadencia, no hizo más que acelerarla.

El derecho romano, por último, ha separado con toda precision la esfera *privada* de la *pública*, al oponer el individuo y su propia determinacion al todo social. Este proceso de separacion se realizó igualmente por las XII tablas. Pero así como el derecho, despues de la separacion entre el sacro y el pontifical, todavia por mucho tiempo vino mitigado por la religiosidad y las costumbres, así tambien se conservó un importante elemento en la *publicidad* del comercio jurídico, aunque sólo formal. Todos los asuntos capitales, aun despues de las XII tablas, se realizaban públicamente ante

(1) Ya CICERON habia comentado el verso de ENNIO:

Moribus antiquis res sta Romana virisque

observando que "nostris vitiis, non casu aliquo, rempublicam verbo retinemus, re ipsa vero jam pridem amissimus." S. AGUSTIN ha sido el primero en notar este vicio moral de la organizacion del Estado romano y, en parte, del derecho privado, en su obra *de civitate Dei*, especialmente en los primeros siete libros. V. tambien el libro II, cap. 21.

la asamblea del pueblo ó ante los cinco testigos que representaban sus diversas clases y juntamente bajo la garantía social, así como en un principio los testigos garantizaban los negocios concluidos con su asistencia. Esta publicidad no se perdió sino gradualmente, reemplazándola la accion aislada del indivíduo *(privus)* por sí y para sí mismo en la esfera privada, con los diversos inconvenientes nacidos del secreto en el comercio de los bienes.

En Roma se contrapuso, como en ningun otro pueblo, el indivíduo al Estado (1). No ha de creerse, con todo, que no se conociesen allí más que estos dos términos. Además de la antigua constitucion de las *gentes*, existieron desde los primeros tiempos colegios *(collegia)* de diversas clases (2), corporaciones *(corpora)*, comunidades *(universitates)* y posteriormente los municipios *(municipia)*, ó ciudades á las cuales se concedia el derecho de ciudadanía romana. Los colegios

(1) Esto es exacto en la época del Imperio, pero antes la familia, la *gens*, la curia y la tríbu constituian una série gradual de círculos, que bajo la poderosa unidad de la *ciudad* formaban un verdadero organismo. Por esto, cuando aquellos se modifican ó desaparecen, quedan frente á frente el indivíduo y el Estado, ambos absolutos, aunque cada uno á su modo, y subordinado el primero al segundo. Este movimiento se refleja, por ejemplo, en el derecho de propiedad, cuya evolucion, como ha notado Ortolan *(Generalizacion sobre el derecho romano*, part. 2.ª tít. I) descubre la filosofía en los tres términos que sucesivamente van apareciendo: para expresarlo, *mancipium, dominium proprietas*, que vienen á significar: propiedad de la ciudad, de la familia, del indivíduo; expresada la de éste en el *jus utendi et abutendi*, derecho que fuera absoluto si sobre él no se afirmara durante el Imperio el dominio eminente del Estado, trasformacion del antiguo derecho, dominio de la ciudad.—(A).

(2) Este asunto se ha estudiado muy poco en los tiempos modernos, en comparacion con otros puntos jurídicos. Una extensa exposicion de todo lo que sobre este punto se halla en el *Corpus juris* y en los antiguos escritores, ha dado KRAUSE en sus *Monumentos de la Francmasonería (Kunsturkunden der Freimaurerei)* t. II, seccion 2.ª, p. 93 á 213.

tuvieron sus propias *sacra*, especialmente consagradas á su génio y comunes á todos. Rómulo parece haber instituido dos colegios de sacerdotes; y Numa, otorgado á los artistas que estaban unidos con el sacerdocio, la organizacion de los colegios de éste. Pero con las XII tablas se introdujo tambien aquí una distincion más precisa entre los colegios y corporaciones para fines públicos y los privados, otorgándose sólo á los miembros de estos últimos el derecho de establecer sus leyes *(autonomía)* hasta donde fuese compatible con el interés del Estado (1). La creacion de estas asociaciones nó era en manera alguna obra de la libertad de los particulares. Por el contrario, era un principio, y siguió siéndolo despues, que sólo una ley (muchas veces, un senado-consulto, de donde *quibus ex S. C. coire licet)* podia dar la autorizacion para ello, así como retirarla, segun ocurrió en ocasiones. La unidad del Estado romano se mantenia sin embargo en esta misma organizacion social é interna, uniforme para todos los colegios.

Por lo que respecta á la génesis exterior del derecho, subsistieron, pues, en Roma, los dos factores tan sólo: el Estado con sus órganos y el indivíduo. Enteramente diverso aparece el derecho germánico, en el cual se formó un rico sistema de clases y corporaciones para todas las esferas de la vida y todos los órdenes de la actividad, para la agricultura, no ménos que para la industria, en virtud de la propia determinacion originaria del hombre, de un derecho natural de asociacion, y no en manera alguna de la autorizacion temporal de un funcionario del Estado: de suerte, que el todo se manifiesta más bien como un sistema social de relaciones

(1) L. 4, D. *de collegiis et corporibus* (47, 22). Es de notar que posteriormente se reveló tambien en las corporaciones industriales y mercantiles un espíritu de monopolio, que intentaron sofocar los emperadores. V. L. 1, *l. de monopoliis*, etc. (4, 59).

orgánicas, enlazado y jerárquicamente ordenado en todos sus miembros, y en el cual no tiene lugar verdadera oposicion entre el derecho privado y el público. Pues todo círculo más ó ménos ámplio ofrece, con rigorosa exactitud, ambos aspectos: obra por sí y dentro de sí mismo, para sus propios fines particulares, en el derecho privado; y en relacion exterior y mútuo influjo con todos los restantes, y especialmente con el más ámplio de todos, el Estado, en el derecho público, á cuya produccion, por regla general, tambien coopera.

El sistema romano se muestra, pues, más bien como un *mecanismo político;* el germánico, aunque defectuoso en muchos respectos, como un *organismo social.* Pero, en este último, los dos extremos, Estado é indivíduo, han permanecido demasiado débiles y con escasa independencia: por donde hay que agradecer al influjo del derecho romano que, por una parte, se haya desenvuelto la idea moderna del Estado emancipando á éste de ciertos impedimentos, y en parte superfetaciones sociales y dotándolo con un gran poder central; y, por otra, que el indivíduo, el cual se hallaba igualmente oprimido por multitud de ligaduras, haya adquirido mayor esfera de accion, un círculo más ámplio y determinado. Pero juntamente cayeron muchas instituciones corporativas, buenas en su principio, aunque minadas por los abusos. Con todo, aquí se trata de reconocer y afirmar el auxilio que nos ha prestado el derecho romano para el desarrollo jurídico, así privado como público, sin dejar por esto que se extinga el espíritu germánico: pues si no queremos buscarnos sucesos como los últimos de Roma, producidos por ásperos contrastes, necesitamos llenar la distancia, ya demasiado grande, entre el Estado y el indivíduo, con institutos orgánicos intermedios.

2. Expuesta la evolucion histórica de la relacion del De-

recho con la religion y la cultura, la moralidad y las costumbres, así como con la vida pública, debemos considerar ahora el *derecho privado*, en su propio interior desenvolvimiento.

Ante todo, conviene hacer notar el original interés verdaderamente histórico que en este respecto ofrece el derecho romano sobre todos los demás, sin exceptuar el germánico, y que consiste en presentar un progreso real de dentro á fuera, no sólo en las instituciones jurídicas, sino en el derecho todo, partiendo de las más simples relaciones privadas, y llegando, á través de varios grados, á su última perfeccion, aunque defectuosa en parte. Este desarrollo se muestra, principalmente, para indicarlo en pocas palabras: 1.°, en el proceso natural de la constitucion de las fuentes jurídicas; 2.°, en el progreso y transicion desde lo simple á lo compuesto, desde lo inmediato á lo más mediato y desde lo concreto á las ideas abstractas; 3.°, en la evolucion, desde la forma externa, á la interior determinacion del contenido de las relaciones jurídicas y á la atencion consiguiente hácia las circunstancias psíquicas y morales, que tanto contribuyen á establecer su naturaleza; 4.°, en el retroceso tambien que muestra el haber abandonado la publicidad del comercio jurídico y en la impotencia para hallar formas adecuadas que lo representen; 5.°, en el complemento del derecho nacional por el *jus gentium* y en la ulterior conciliacion y compenetracion de ambos; 6.°, en el desarrollo de la *naturalis ratio*, reconocida como fundamento del Derecho, merced á la accion del pretor y al apoyo de la ciencia y la legislacion en la Filosofía.

Estos elementos deben estudiarse, aunque sumariamente, por separado.

Todas las *fuentes* inmediatas y mediatas (1) del Derecho

---

(1) V. pág. 106, etc., t. I.

han llegado á manifestarse en el romano: la costumbre, la ley, el derecho de los juristas con el científico y estos dos últimos por medio del pretor y de los jurisconsultos privilegiados desde Augusto, así como por otros, con una perfeccion que jamás en otro pueblo se ha logrado.

El progreso desde lo *simple*, inmediato y concreto á una mayor distincion y á disposiciones más mediatas y *abstractas*, se ofrece de varios modos.—El objeto jurídico se concibe ante todo en su unidad, que abraza juntamente personas y cosas. Así dicen las XII tablas: *uti legassit super pecunia tutelave* REI *suae, ita jus esto*, rigurosa consecuencia de la concepcion romana del Derecho, como una relacion de imperio y poder, en que el dominante es el sujeto y el sometido, personas como bienes, el objeto.—La simplicidad del derecho antiguo se muestra además en el nacimiento de todo asunto jurídico, posible sólo en las dos formas capitales de la *mancipatio* y el *nexum;* la primera, para constituir la propiedad y otras relaciones *inmediatas* de dominio; la segunda, para constituir obligaciones. Por esto dicen las XII tablas: *si nexum faciet mancipiumve uti lingua nuncupassit, ita jus esto.* En la génesis de las diversas clases de contratos, aparecen como los más antiguos los contratos reales, que se perfeccionan por la inmediata entrega de una cosa *(re)*. A estos se añade el contrato verbal solemne por estipulacion, que quizá proviniese ya del *jus gentium* (1), y era una *forma* general para dar accion á aquellos contratos que no la tenian. Ya antes nació tambien el contrato literal, que debe distinguirse del que lleva este nombre en el derecho justinianeo y que nació por la inscripcion ó referencia en el libro de entradas y salidas que llevaba todo buen padre de fami-

(1) De esta opinion es MACIEJOWSKI, con el cual coincide tambien HAIMBERGER en su *Derecho privado puro de los romanos (Reines römisches Privatrecht)*, §. 515.

lias. Sólo más tarde, al ensancharse las relaciones mercantiles y bajo el influjo reconocido del *jus gentium,* nacieron los contratos consensuales, que alcanzaban su accion y perfeccion *nudo ó solo consensu.* Así se vàn aislando recíprocamente las personas; ensánchanse y relájanse los primitivos vínculos que se anudaban estrictamente á la cosa; y el derecho necesita hallar otras determinaciones para darles seguridad y firmeza.

De las *formas* exteriores y más generales, vá surgiendo gradualmente un *fondo* interno, determinado por las diferencias mismas objetivas. Al modo como en un sér orgánico brotan ante todo los lineamientos generales en que se informan luego los diversos órganos, así tambien en el derecho romano lo que primero se muestra son las formas generales en que están envueltas aún instituciones jurídicas sumamente diversas. La *mancipatio* y el *nexum*, y aun despues la *in jure cessio* ante el pretor, son tan sólo formas generales públicas para relaciones jurídicas muy diferentes; no hay que considerarlas como verdaderos negocios jurídicos. Sólo despues van separándose y formándose los géneros especiales de actos jurídicos, y en los géneros las especies; pero se invirtió largo tiempo en esta formacion, hasta quedar fijados y bien distintos los varios asuntos, como lo prueba la dilatada oscilacion que hubo entre las instituciones gemelas de la permuta y la compra-venta, que le siguió despues.

En punto á la determinacion más inmediata del fondo, de la esencia interna de las relaciones y de los actos jurídicos, vá atendiéndose ahora y en mayor grado cada vez, por el pretor ante todo, á las circunstancias psíquicas y éticas, *dolus*, *culpa*, *error*, *vis ac metus*, y á razones de equidad, respetándose su influjo decisivo y modificador; como tambien al *jus gentium*, segun se ha hecho notar varias veces (1).

(1) V. pág. 82.

Hay, sin embargo, un *retroceso* en el abandono de la primitiva publicidad de los actos jurídicos, cuyas formas públicas, insuficientes ya al ensancharse las relaciones sociales, no pudieron reemplazarse con otras adecuadas al predominio absoluto que alcanzó el arbitrio meramente privado, en las relaciones tocantes á los bienes. En tal estado ha llegado hasta nosotros el derecho romano; que, si en otros muchos respectos ha debido ser modificado por el sentido y derecho germánicos, en este lo fué tanto ménos, cuanto que en lo relativo á los bienes, especialmente en el derecho real, ha prevalecido siempre la tendencia á la publicidad, desarrollada por completo modernamente con la institucion de los registros públicos.

Hay que notar, por fin, que el *fundamento* primordial del Derecho, la *naturalis ratio,* vino reconociéndose más y más cada vez en el romano. Grave error es suponer (1) que los romanos concibieron únicamente como fundamento del Derecho la voluntad, ya del pueblo, ya del indivíduo. Si como en la primera época en el *Fas* y en el *jus sacrum,* se deja ver un enlace del Derecho con un órden real divino, tambien aparecen siempre reconocidos ciertos derechos privados, que subsisten independientemente de la voluntad del pueblo y de su organizacion política, y que la ley, expresion de la voluntad general, tan sólo ampara ó niega. La voluntad individual, por su parte, á que se refiere especialmente el derecho privado, no es reputada como creadora del Derecho, sino (aunque no con toda claridad) como la causa eficien-

(1) Schmidt, sobre todo, ha cometido este error en su obra; la diferencia entre el *fundamento* real del Derecho y la *causa* eficiente de su produccion y reconocimiento, es, sin embargo, como ya se dijo (p. 106, tomo i), casi desconocida aún en la ciencia jurídica, y sólo poquísimos de los tratadistas recientes la han hecho notar: Leist, primero, y ahora Ihering más detenidamente: Parte ii, p. 60 (combatiendo á Schmidt en particular), y tambien en la Parte i, p. 102.

te que, determinada por ciertas tendencias y necesidades de la naturaleza humana, dá á aquel forma exterior. Esta idea fué luego desenvuelta cada vez más ámpliamente en las consideraciones filosóficas de los jurisconsultos, que sin embargo no la pusieron jamás completamente en claro. Así llegaron á establecer ulteriormente una doble razon: la *ratio naturalis* y la *civilis;* y con ella un doble derecho, el *jus naturale* (el cual asimila Gayo al *jus gentium*, mientras Ulpiano considera á éste como un tercer miembro) y el *jus civile* (1); y al modo como en el *jus gentium*, así tambien se

(1) SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual (Syst. des heut. röm. R.)* t. I, p. 413, etc., ha mostrado que la division bipartita de Gayo ha sido siempre la dominante en el derecho romano. Esta division concuerda tambien con la de Savigny (p. 52), al considerar tambien en todo derecho nacional "un derecho individual, especialmente propio de cada pueblo y otro general, fundado en la comunidad de la naturaleza humana;" añadiendo que "ambos hallan satisfaccion en la historia del Derecho y en la Filosofía de éste." Lo que despues dice Savigny del problema de cada una de estas ciencias puede aquí tener lugar, con tanta más razon, cuanto que no ha sido posible que lo repitan con grande entusiasmo los partidarios de la escuela histórica. Despues de indicar la parcialidad de una Filosofía abstracta, "que priva de toda vida al Derecho" y de las teorías meramente históricas, que "desconocen en él toda superior vocacion", dice: "ambos errores se evitan, cuando admitimos un problema general, cuya resolucion especial constituye la mision histórica de los diversos pueblos. La viva contienda sobre esta antítesis ha servido, en verdad, para determinarla con mayor precision y traerla á más claro conocimiento; pero tambien, á veces, ha conducido á desconocer con exclusivismo el elemento de verdad que entrañaban las tendencias de los adversarios..... Si se prescinde de las manifestaciones del espíritu de partido (vanas y perecederas) y se atiende á las direcciones científicas de nuestro tiempo puramente en sí mismas, es lícito entregarse á la grata idea de una interna aproximacion entre ellas y, por tanto, de un verdadero progreso."—Aquel problema (que nosotros hemos designado como fin último del Derecho, á distincion del inmediato) lo caracteriza Savigny, por más que haya concebido la idea del Derecho con cierta estrechez (Comp. p. 78, tomo I) de este modo: "ahora bien, el problema general de todo derecho, debe referirse simplemente al destino moral de la na-

reconoce en el *civile* la accion de una razon natural: de suerte que el derecho civil es aquel que, sobre la base fundamental de la razon natural, se dá á sí propio un pueblo, convirtiéndolo así en positivo, por su voluntad total ó la de varios indivíduos, bajo los influjos modificadores de las ideas y necesidades que le son peculiares. Cierto que el elemento subjetivo de la voluntad prevaleció en Roma sobre todo; pero tampoco el elemento objetivo fué nunca completamente olvidado; antes la Filosofía lo desarrolló bajo la forma de la *naturalis ratio*, enlazando con él además otras ideas elevadas morales, humanitarias y de interés público *(utilitas publica)*, si bien en límites muy reducidos. En general, el espíritu romano, abierto á la accion de diversos países, se mostró despues tan inclinado en la ciencia jurídica á recibir la Filosofía procedente de otros pueblos, como á admitir el *jus gentium* en el derecho pretorio (1).

---

turaleza humana, tal como se manifiesta en la idea cristiana de la vida: pues el Cristianismo, no sólo tiene que reconocerse como regla de ésta, sino que de hecho ha cambiado al mundo, de suerte que todos nuestros pensamientos, por ajenos y aun enemigos que puedan parecer respecto de él, se hallan dominados y penetrados por su espíritu. Este reconocimiento de un fin general, no disuelve en modo alguno al Derecho en una esfera más amplia, ni le arrebata su existencia sustantiva; antes aparece como un principio enteramente original y propio en la *série de condiciones* de ese fin, imperando en su esfera sin límite alguno y recibiendo su superior verdad sólo por su enlace con el todo.»—El concepto que del Derecho ha expuesto KRAUSE determina precisamente á éste como el todo orgánico de las condiciones para realizar dicho fin.

(1) Lo que más llama la atencion en el desarrollo del derecho romano, es la lógica con que se desenvuelve y la unidad que mantiene en medio de sus lentas pero constantes trasformaciones. Esto es debido á que hay una idea que todo lo domina que es la *ciudad*; ella es, de un lado, la base inmoble, el centro de atraccion en toda aquella vida; pero de otro, á diferencia de Grecia, que ni siquiera alcanza á constituir la union de su raza, Roma vá extendiendo esa idea con todas sus consecuencias para realizar así su mision histórica: la *asocia-*

§. 2.—Juicio del Derecho romano en sí mismo, en su fondo y en su forma.

El carácter esencial del pueblo romano se revela con toda precision y claridad en su sistema jurídico. Como aquel, ha sufrido tambien éste, en su desarrollo histórico, una trasformacion parcial, merced á diversos influjos, pero conservando sus rasgos fundamentales, su tipo étnico, hasta la última época de su elaboracion. Aún la grande independencia que alcanzó el Derecho en Roma, frente á las demás esferas de la vida, no ha podido atenuar el valor general de esta verdad, á saber: que el derecho, creacion del espíritu nacional, refleja siempre tambien, aunque de un modo parcial y abstracto, la idea que el pueblo se forma de la vida y las tendencias con que la desenvuelve (1). De las entrañas mismas del espíritu romano, de sus aspiraciones fundamentales sucesivas y del fin que persiguió, elevado ó inferior, á sabiendas ó sin sa-

---

cion humana. Por esto las trasformaciones de la ciudad se reflejan en cada esfera del derecho; de aquí la constante penetracion del derecho de gentes en el civil, mediante aquellos pretores á quienes llamaba Arturo Duch ministros de la Providencia; de aquí aquella admirable armonía entre el espíritu conservador y el reformista; y de aquí, por último, la idéntica direccion que llevan la revolucion social y política durante la república y la filosófica y moral que tiene lugar bajo el Imperio, bajo el influjo del catolicismo y del Cristianismo. Y es que Roma tuvo siempre el mismo punto de partida la *ciudad* y el mismo ideal la *asociacion* de todos los pueblos.—(A.)

(1) "El romano, dotado de voluntad enérgica y sufrida, lleno de ambicion y amor á su pátria, y afecto á la tradicion, más atento á la justicia formal de los medios que á la bondad esencial de los fines, de entendimiento claro y vigoroso, que se apodera de la idea, no para valorarla, sino para desenvolverla y aplicarla con inflexible lógica, dominado constantemente por una aspiracion, el poder, por una idea, el derecho, por un sentimiento, la igualdad, nos ofrece, en su dilatada existencia, el sello permanente de estos caractéres que, si le imprimen unidad, no obstan, sin embargo, á su progresivo y constante

berlo, es de donde se ha de tomar la base para explicar el carácter de aquel derecho.

Este carácter, atendiendo á sus elementos esenciales, puede determinarse diciendo que es la expresion de una *voluntad* y fuerza de accion arraigada en el sentimiento más íntimo y en la conciencia en la *sustantividad personal* y de la libertad; dirigida por un *entendimiento* agudo y analítico, se hace prepotente; y, postergando la religion, la ciencia y el arte, tiende á utilizar las relaciones externas de la vida para la realizacion de fines prácticos *exteriores* tambien. Es por tanto el *egoismo* el motivo de obrar; mas no porque sea el fin sensible é inferior del goce el que se persigue, sino el del *dominio* y extension del poder, que realiza, sobre todo, la personalidad en su forma sensible, pero que concebido, no como medio—que esta es su naturaleza verdadera—sino como fin sustantivo, pierde en absoluto su elevada significacion moral.

Consideremos ahora más ampliamente estos elementos.

1. Ya en muchas ocasiones se ha hecho notar el gran valor que el principio de la *personalidad* y libertad individuales alcanza entre los romanos, en cuyo derecho adquiere por vez primera un carácter fijo social y se le sujeta á regla, mediante formas tutelares. Aparece el pueblo romano, en este respecto, como el encargado de conservar y extender una mision comun á los pueblos ários, la cual sin embargo (viniendo á Occidente), en Grecia, no recibe elaboracion ju-

---

desarrollo» MARANGES, *El derecho de familia en Roma.* Este predominio, dice en una nota este malogrado escritor, del entendimiento reflexivo en el pueblo romano respecto de las restantes facultades del pensamiento, así como el de la voluntad sobre el sentimiento y la fantasía, de donde provienen el espíritu práctico y el formalismo que caracterizan la vida humana, ha sido notado más ó ménos explícitamente por MOMMSEN, HUGO, AHRENS, SCHLEGEL, CASTRO, (D. Fernando) LAURENT y MONTESQUIEU.—(A).

rídica; en las razas celtas, se habia ya perdido en los tiempos históricos; y luego, entre los germanos, que primitivamente tuvieron de la personalidad idea más profunda y elevada que los romanos, quedó ahogada en el desarrollo ulterior de su historia, bajo el peso de influjos perturbadores, el feudalismo sobre todo. Por esto, el derecho romano, al restaurarse y penetrar en la sociedad desde el siglo XIII, fué un bienhechor auxilio para los pueblos germánicos y romanos, que pudieron así llegar otra vez á tener conciencia de un principio original de vida y desprenderse poco á poco de vínculos opresores que habian conducido á la degradacion de la personalidad, al rebajamiento de poderosos y vasallos, y á la parálisis de todo movimiento libre en la vida social jurídica. Grato es ver como estaban protegidas en Roma la persona y su libertad: en la esfera doméstica, por el principio de la inviolabilidad del domicilio (1), un santuario para el romano y una garantía de su condicion independiente; en el derecho público, por multitud de precauciones contra la arbitrariedad de las autoridades, el derecho de apelar á la asamblea del pueblo, el de intercesion de los tribunales y magistrados superiores y la responsabilidad de los funcionarios; y en el penal, por la exclusion del tormento, de las penas corporales y del martirio, esto es, la muerte acompañada de crueles agravaciones (2).

Sin embargo, la personalidad y la libertad aparecen concebidas en el derecho romano demasiado abstractamente,

(1) V. el hermoso pasaje de CICERON, *pro domo* c. 41, y l. 18. *D. de in jus voc.* (2, 4.) y l. 21, donde dice: "sed etsi qui domi est, interdum vocari in jus potest, tamen de domo sua nemo extrahi debet."

(2) IHERING, II, p. 158.—CICERON, *pro Rabirio* c. 4, 5, dice con profundo juicio psicológico: "carnifex vero et abductio capitis et nomen ipsum crucis absit non modo a corpore civium Romanorum, sed etiam a cogitatione, oculis, auribus. Harum enim omnium rerum non solum eventus atque perpessio, sed etiam conditio exspectatio,

sin el enlace necesario con otras personalidades y con los supremos principios éticos de la vida. Si cada persona debe sólo considerarse como libre miembro de un órden social, que á todos igualmente enlaza y que ellas no crean, sino reciben de un poder superior, necesitando únicamente del reconocimiento y cooperacion de séres libres; si, segun esto, aun en la esfera jurídica, debe determinar cada cual su círculo de accion, no por su mero albedrio y hasta el límite en que le es dado extender su poder sobre los otros, sino atendiendo tambien á los vínculos universales, sociales y humanos de la vida, aparece, por el contrario, en el derecho romano, cada persona disgregada en sí misma rigurosamente de todas las demás; y allí donde entra con ellas en vínculos sociales *(societas)*, estrecha estos vínculos todo lo ménos posible, manteniendo su libertad para separarse de ellos y concibiendo siempre el elemento jurídico en las relaciones transitorias del comercio social, tan sólo por un lado; así es que las obligaciones recíprocas contractuales tienen que resolverse en dos unilaterales, por no poderse unir interiormente los dos opuestos puntos de vista subjetivos.

Cierto es que el romano tambien reconoce un órden moral de la vida, segun aparece en las costumbres (1) que, de hecho, tan esencialmente limitan la arbitraria libertad del sugeto, y que la Filosofía despues refiere á un órden superior

mentio ipsa denique indigna cive Romano, atque homine libero est;" contradiciendo, pues, por completo nuestros principios de intimidacion, tan poco adecuados á la naturaleza moral del hombre, y que si han sido abandonados generalmente en teoría, preponderan aún en la práctica.

(1) En un pueblo bien constituido, como acontece en todos los ários, hay un tiempo donde todavia predominan el presentimiento sobre la reflexion, las costumbres tradicionales sobre la libertad consciente y donde halla aplicacion la sentencia de TÁCITO: *plusque valent ibi boni mores quam alivi bonae leges.*

divino; pero el elemento moral interviene allí sólo de una manera negativa y restrictiva; por donde viene á ser desestimado su poder de positiva informacion, que funda los vínculos de la vida y constituye la norma y medida del Derecho.

El romano cree poder concebir y regular todas las relaciones, únicamente, por el principio jurídico, abstracta y desligadamente. El Derecho es para él una forma general en que abrazar y fortalecer uniformemente las más diversas materias de esas relaciones. Pero éste es un error fundamental, que de un modo análogo se ha manifestado en los sistemas filosóficos formalistas de nuestro tiempo (Kant) y en las opiniones modernas, especialmente de los romanistas (1);

(1) Los modernos romanistas han intentado esta construccion, valiéndose del concepto de imperio ó poder de *voluntad*, tomado de los romanos (V. la nota siguiente). Un germanista de los más sagaces, GERBERT, ha emprendido hasta la sistematizacion del mismo derecho aleman, segun ese principio, en su *Sistema del derecho privado aleman (System des deutschen Privatrechts*, 1853); observando (Pról. p. 25) que el verdadero sistema jurídico no se ha de determinar segun las relaciones, sino segun el sistema de los derechos: sistema "que considera todo el material jurídico, únicamente, como expresion posible de la voluntad de la persona," por medio de lo cual, luego "se vuelve á enlazar el derecho aleman á la fuerza viva é inmediatamente eficaz de la voluntad humana, esto es, puede construirse jurídicamente." Mas, de esta suerte, lo que se hace es romanizar al derecho aleman en contra de su espíritu; y aunque una refundicion de esta clase pueda agradar mucho á las ideas romanistas, que corren en boga y á los estudiantes infiltrados de los conceptos romanos, á causa de su uniformidad, se desconoce, sin embargo, la naturaleza esencial del derecho aleman y aun del derecho en sí mismo. Debe notarse tambien la inversion de las ideas, cuando asegura Gerbert (p. XX) que los principios del derecho aleman se manifiestan en la informacion de derechos en el sentido subjetivo; mientras que, en Roma (p. XIX), el derecho ha desarrollado una suma de principios abstractos y objetivos: siendo así que precisamente acontece lo contrario, á saber: que el derecho romano mantiene un punto de vista subjetivo, generalizado sólo por la abstraccion. Gerbert mismo ha hecho notar (p. XXII) la verdadera relacion, al decir que en la primera concepcion germánica del

si bien se halla en contradiccion con el mero principio lógico de que la forma tiene que determinarse segun el contenido y no al contrario; además de ser completamente erróneo para deslindar la relacion del Derecho, como principio formal, á las relaciones biológicas que forman su contenido y le sir-

---

Derecho, "el elemento jurídico aparece como secundario, como aquella mera forma que imprime el sello del reconocimiento jurídico al fondo engendrado por la libre informacion de las relaciones prácticas y de hecho *(factischen)*." Pero cuando él se aparta de esta concepcion y atribuye al Derecho, no sólo un valor formal, sino "la naturaleza de un sér sustantivo (?!) con propio organismo y vida independiente (?!)" viene á hacer de aquel un ídolo por medio de semejante hipóstasis de una idea, ídolo, al cual se sacrifica la verdadera vida; mostrando todo este proceso á qué descaminos pueden llegar jurisconsultos ilustres, cuando, posponiendo toda filosofía del Derecho pretenden sacar su idea de éste, sólo de un sistema parcial y expresado en toda su crudeza.

Para aclarar la divergencia de nuestro punto de vista, puede recordarse todavia aquí la opinion puramente romanista de LENZ (V. p. 217, t. I.), el cual (en la p. 349), considerando al Derecho como el *poder de la voluntad*, sin desconocer los preceptos de la moralidad *libre*, proclama: que la comunidad conyugal de bienes no es jurídica, sino sólo el sistema dotal, que se dá á aquellos cuyo egoismo no se funde al calor del vínculo del amor conyugal. "Vuestra comunidad de bienes, ni ahora ni nunca la construireis jurídicamente, como no construireis vuestros supuestos *condominia ex jure germanico* por más esfuerzos de habilidad gimnástica que hagais."—"Aun el testamento (opina Lenz) es lo principal para el Derecho como poder de la voluntad; y la sancion legal de la sucesion intestada sólo puede tener el espíritu de suplir la voluntad presunta del causante." Verdad es que añade, en sentido germánico, que el hombre moral puede pensar de otro modo y las costumbres ser mejores que el Derecho; "pero no es lícito confundir Derecho y costumbres *(Sitte)*: dándosenos el primero con la dureza del juicio de Salomon, á causa de la de nuestros corazones." De hecho, lo que aquí se expresa, es sólo la rigurosa consecuencia de la limitada idea romana y romanista del Derecho como mero poder de la voluntad, donde aparece el egoismo todavia más acentuado, como el hijo predilecto del Derecho y se abandonan, faltos de amparo y proteccion, los lazos íntimos de la vida, en que se persiguen los fines morales de ésta por medio de actos y relaciones ex-

ven de regla. Es, pues, una inversion completa de la realidad pretender *construir jurídicamente* esas relaciones éticas, partiendo de un concepto abstracto del Derecho. Y esta parcial manera de ver, es precisamente propia del carácter romano. Pues el romano, que en su tendencia egoista no aspiraba á considerar las relaciones en sí mismas, sino en someterlas á su imperio para dilatar su poder y su fortuna (por donde la máxima de Arístipo *mihi res, non me rebus subjungere conor*—Horacio—parece nacida del fondo de su alma), consideraba todo el Derecho, en el respecto privado, sólo como derecho de bienes que establece el círculo dentro del que una persona puede obrar á su arbitrio libremente, como sujeto, ora obre de un modo moral, ora egoista.

Mas, por oposicion á esta idea romana, aun en el derecho privado hay que distinguir esencialmente dos esferas. Una, aquella en que predomina la voluntad y poder de la persona, que existe y obra para sí misma, hallando en los bienes un círculo de imperio donde el principio moral sólo puede aparecer jurídicamente de un modo secundario y limitativo (1),

teriormente cognocibles, y por lo mismo determinables jurídicamente. Pero debe recordarse que el Derecho no puede construir de modo alguno por sí sólo, ni el sistema dotal, ni el de comunidad de bienes, ni el testamento, ni la sucesion intestada. Sino que la moralidad y las costumbres, vivas y más ó ménos puras, es lo que engendra segun sus necesidades una ú otra institucion, ó mejor aún, lo que produce en las relaciones indicadas instituciones, en las cuales hallan garantía jurídica, tanto la personalidad *individual*, que quiere y obra independientemente, como el *vínculo* que enlaza á los individuos en un todo superior.—Comp. sobre esto el *Derecho natural de Röder (Naturr.)* §§. 95 y 98 sobre el derecho de sucesiones, así como mi *Filosofía del Derecho*, p. 600, ed. al.; y algo más extensamente sobre el derecho de los bienes en el matrimonio, p. 587.

(1) Esta afirmacion, completamente incompatible con el "carácter ético" que el autor mismo atribuye al Derecho *todo*, no á ésta ó á la otra de sus esferas particulares, se resiente, además, de la vaguedad que (como ya se ha hecho notar en otros lugares) penetra la concep-

para impedir que el uso de la fortuna contradiga á los deberes morales por lo general reconocidos: v. gr., en la infraccion que los que tenemos para con nuestros semejantes sufren por la prodigalidad. Otra, donde las personas contraen relaciones más permanentes en los diversos órdenes de sociedades y en que, por una parte, la voluntad de los indivíduos tiene que determinarse y someterse á la naturaleza y fin de la sociedad, y, por otra, aquellas sociedades que no se proponen, ó deben proponerse á lo ménos, sólo adquirir bienes, sino realizar fines éticos, han de regularse jurídicamente atendiendo á dichos fines. A este órden pertenecen, no sólo las relaciones de los cónyuges y de los padres, así como las de los servidores domésticos, sino tambien todos aquellos vínculos corporativos en que la vida germánica es tan rica, y que el derecho aleman (en completa oposicion á la *societas*

---

cion jurídica de Ahrens, la cual oscila entre la doctrina corriente de la exterioridad del Derecho y la consideracion de éste como un órden primera y fundamentalmente (y siempre) interior, que sólo en casos dados entra en la esfera sensible, y en muchos ménos todavia, bajo la accion sancionadora y coercitiva de los poderes públicos. De esta oscilacion es ejemplo la inconsistencia de toda la doctrina de Ahrens sobre la propiedad, pues si, por un lado, considera, v. gr., como infracciones verdaderamente jurídicas los abusos del propietario, repugna por otro dar al Estado (en el sentido usual de esta palabra) accion para impedirlos ó corregirlos en todas ocasiones: lo cual destruiria el derecho de propiedad, haciéndolo absolutamente impracticable. Pero si *a)* toda obligacion propiamente jurídica es coercible (como por una parte piensa con Kant y la escuela naturalista); *b)* todo abuso una infraccion del Derecho; y *c)* no cabe hacer intervenir sin embargo siempre al Estado ¿cómo concertar estas tres afirmaciones? En la imposibilidad de hacerlo, tiene por precision que venir á parar en el expediente de asignar un límite vago y arbitrario (ó, lo que es igual, fundado en razones relativas y extrañas á la cuestion—v. gr., el más ó el ménos, ó la situacion actual de la sociedad, ó el ejemplo y la tradicion histórica, etc., etc.) al círculo dentro del cual puede el propietario obrar á su antojo, sin incurrir en responsabilidad ante las autoridades públicas. Pero esto no es fácil cohonestarlo con la ex-

romana, fiel expresion de un egoismo que repugna todo lazo estable, no regula meramente bajo el respecto de los bienes, mas atendiendo asimismo á fines ético-jurídicos, como la proteccion, el cuidado de las viudas y los huérfanos. Estos vínculos corporativos, es cierto que en parte han sido disueltos por los nuevos principios económicos y por el influjo del mismo derecho romano. Pero el verdadero problema económico, moral y jurídico de nuestro tiempo está en restablecerlos sobre el nuevo principio de libertad, aunque con carácter ético-jurídico, especialmente entre los que dan el trabajo y los que lo reciben. Por último, la mayor cultu-

---

traña declaracion de que, dentro de ese círculo, el principio ético "sólo puede aparecer jurídicamente de un modo secundario y limitativo" etc. Sin duda que un testador—por seguir el ejemplo en las relaciones de propiedad—no tiene derecho á distribuir caprichosamente sus bienes entre cualesquiera personas, sino atendiendo á motivos éticos é internos, cosa, por lo demás, á que está todo sér racional estrechamente obligado, pues no es tal sér racional porque pueda obrar á su antojo; sino porque puede y debe hacerlo conforme á la razon. Otro tanto cabe decir de infinitas relaciones: v. gr., la eleccion de profesion, de cónyuge, de representante político, hasta de domicilio, etc. Mas esto ¿supone acaso que el magistrado público, en nombre de la sociedad, constituida en Estado, tiene á su vez derecho para sustituirse al interesado é imponerle heredero, oficio, consorte, etc.? Y sin embargo, así se procede hoy todavia en algunos de estos casos!

En suma: el fundamento de que no sólo en el derecho privado, sino en el público (que inmotivadamente excluye Ahrens de esta ley, como si en su esfera no quedase lugar para la libre decision del sugeto) goce siempre toda persona de un círculo de accion inviolable, mayor ó menor (v. gr., hasta llegar á cierta edad), no es que haya relaciones donde el elemento ético sólo puede aparecer "de un modo secundario," sino que, por grande que sea la importancia de este elemento, su práctica debe confiarse exclusivamente á la persona que tiene que resolver por sí misma en cada caso: no, pues, porque su resolucion sea indiferente ó de corta utilidad bajo el respecto ético, cuya representacion, por otra parte, no corresponde al Estado (social), más ni ménos que á todo sér racional jurídico, una vez constituido en la plenitud de sus relaciones.—*(N. T.)*

ra moral de nuestra época ha engendrado diversas asociaciones para fines intelectuales y morales, donde, si la participacion de los miembros, por lo que toca á sus actos ó á las sumas con que deben contribuir, se establece tambien jurídicamente, todo el elemento económico se subordina, como medio, al fin, y para nada se trata de un imperio ni voluntad arbitrarios del indivíduo. El punto de vista parcial de los romanos en el Derecho (1) debe, por tanto, abandonarse y no hacer consistir éste, partiendo del sujeto aislado y su esfera individual, en un imperio, en el poder de la voluntad; sino en la regulacion exterior de las relaciones de la vida, que se suponen y condicionan mútuamente: de suerte que cada

(1) Este punto de vista tampoco lo ha abandonado IHERING, al decir (II, p. 143): "el contenido de toda relacion jurídica, si se despoja de su accesorio y se reduce á su verdadero núcleo jurídico, es el poder de la voluntad, el imperio, el dominio *(Herrschaft)*; las diferencias entre las relaciones jurídicas son diferencias de imperio y dominio." Ihering no desconoce que "el material jurídico se halla frecuentemente mezclado con otros elementos, y á la verdad en muy diversas proporciones, constituyendo, ora sólo un elemento muy poco importante de la relacion, ora el predominante, ora el único (?);" pero opina que "el jurisconsulto debe determinar, en su análisis, el tanto por ciento de material jurídico, por decirlo así, en cada relacion particular." Mas lo que debe hacer, conservando la imágen, no es sólo analizar, sino poner en su debida relacion, por medio de la síntesis, el elemento jurídico de la vida con todos los demás, tanto en lo que aquel depende de éstos, cuanto vice-versa, para lo cual se exige naturalmente que se indague con toda precision la esencia de esos otros factores. Error fundamental es siempre creer que se puede construir jurídicamente de un modo sustantivo una relacion cualquiera de la vida, partiendo tan sólo de un concepto del derecho, formado además con la mayor parcialidad y exclusivismo. Comp. la nota anterior.—PUCHTA, *Curso de Instituciones. (Cursus der Inst.*, II, p. 393), donde expone el concepto del derecho como poder sobre un objeto sometido á la voluntad del derecho habiente, al determinar todas las partes capitales de aquel concepto, pretende llegar hasta aplicarlo al contenido de las relaciones de familia, contra lo cual se ha declarado con razon SAVIGNY *(Sistema*, etc., I, p. 348).

una de estas relaciones se determine tambien de una manera objetiva, atendiendo á las demás, y no sólo á la voluntad de uno ó muchos sujetos. Por esto, el conocimiento fundamental del elemento religioso, del moral, del económico, es la base de toda ciencia jurídica, de la cual dista harto cualquier conocimiento meramente histórico.

2. A la luz de estas ideas, se juzga tambien la importancia que tiene el principio de la voluntad, el cual se muestra á su vez en el derecho romano de un modo completamente abstracto. De los dos factores principales de que brota el Derecho, el objetivo, formado por las relaciones biológicas que constituyen el verdadero *fundamento* jurídico (la *ratio juris* objetiva), y el subjetivo, que es la voluntad, *causa* eficiente del nacimiento del Derecho, como manifestacion exterior (1), los romanos conciben sólo al último como fuente y base de éste: de modo que puede decirse caracterizado el suyo por el principio de la voluntad subjetiva (2). Verdad es que, en la antigua concepcion religiosa del Derecho como *Fas* (*fari*, decreto de los dioses), hay huellas de un orígen superior á la voluntad humana; que la filosofía despues, Ciceron sobre todo, busca la fuente de aquel en la naturaleza racional del hombre, y pues Dios es la razon suprema, en Dios y en el órden racional de la vida, establecido por Él (3). Pero la idea que prevalece y subsiste en realidad, así

(1) V. p. 107, tomo I.

(2) Lo que he dicho, p. 107, nota (2) sobre el influjo de la filosofía en el derecho positivo, especialmente por medio de Ciceron, influjo que no se comprende hayan llegado á poner en duda los primeros romanistas (PUCHTA, v. gr.), lo ha probado hoy completamente y con sobrada extension el Dr. VOIGT en su obra: *La doctrina del jus naturale, aequum et bonum y del jus gentium de los romanos. (Die Lehre von* jus naturale, aequum et bonum *und* jus gentium *der Römer)*, donde muestra tambien el influjo sostenido que ejercieron las doctrinas filosóficas de Ciceron.

(3) Esta relacion de la ley con el derecho del individuo ha sido

en el pueblo como entre los jurisconsultos, es la de que es justo aquello que establecen, por el hecho de quererlo, los indivíduos ó la comunidad social. La voluntad aparece, pues, como la fuerza creadora del Derecho, y por tanto, como una cualidad de la persona, inseparable de ella y que (segun el romano consecuentemente suponia) no es susceptible de representacion alguna. Así tambien, en el derecho público, es la voluntad social fuente de la ley: la cual, empero, ya que no es ella creadora de la personalidad subjetiva, tampoco lo es de los derechos de los indivíduos, que salvo caso de peligro inminente, no debe anular, sino al contrario, proteger.

No confundió el pueblo, sin embargo, en su concepcion moral, la voluntad con el capricho arbitrario; tuvo una idea más elevada de la verdadera libertad, que aún debia ser sostenida por la ley contra el puro capricho. Llegóse á este resultado, en parte, merced al reconocimiento del principio de la libre personalidad en los derechos civiles, y, en parte tambien y hasta cierto punto, merced á la objetivacion del concepto de libertad, enlazándolo íntimamente con las instituciones jurídicas (1). Así no era lícito á ningun ciudadano romano hacerse, por un pacto, esclavo de otro (como pasaba en ocasiones, segun refiere Tácito, entre los antiguos germanos). Así tambien impidió la ley las reclamaciones que se hiciesen sobre pactos contrarios á la libertad del matrimonio: la promesa, por ejemplo, de contraerlo ó no, de disol-

---

expuesta por IHERING con toda exactitud, II, p. 58.—CICERON, *pro Caecina*, c. 33, dice: *Quaero abs te, putesne si populus jusserit, me tuum aut item te meum servum esse, id jussum ratum atque firmum futurum? Perspicis hoc nihil esse. Primum illud concedis, non quidquid populus jusserit ratum esse oportere*; y añade c. 26, *fundus a patre relinquitur, at usucapio fundi, hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium non a patre relinquitur sed a legibus.*

(1) IHERING (II, p. 224) lo ha hecho notar con profundo buen sentido.

verlo ó no, y ni siquiera podia pedirse el cumplimiento de los esponsales en el antiguo derecho; ni tampoco los que coartasen la libertad para las últimas disposiciones, atendiendo de un modo importantísimo á la conservacion de la libertad de la propiedad, estimándola como uno de los elementos esenciales de ésta, y procurando asegurarla aún á los sucesores, á las generaciones siguientes, sin otros límites que no fuesen aquellas servidumbres exigidas para el aprovechamiento económico de la propiedad misma. Hiciéronse con esto ya de antemano imposibles los fideicomisos familiares, especialmente las cargas reales del derecho aleman y la servidumbre; y es fácil ver qué bienhechor influjo hubo de ejercer la adopcion del derecho romano por las razas germánicas para la supresion de estas últimas instituciones.

Pero, prescindiendo de este reconocimiento de una libertad objetiva, fundada en el interés ético y social contra el mero capricho, la voluntad, sin embargo, como la causalidad en el Derecho, aparece concebida de un modo poco satisfactorio, fuera de su verdadero enlace con el fundamento de éste, la *ratio juris*, constituida por las relaciones de la vida misma, que brotan de la naturaleza moral del hombre. Exige esta *ratio* (1), de una parte, que la voluntad tome sus motivos de ese superior principio; y, de otro lado, que en virtud de la conexion orgánica de las relaciones todas, tenga á la vez presentes las religiosas, morales, económico-nacionales y de derecho público, las cuales penetran y condicionan el elemento especial jurídico de cada caso. No aparece, á la verdad, el derecho romano completamente ajeno á estas

(1) El concepto de la *ratio* aparece en las fuentes del derecho romano con varios sentidos, á saber, los de *fundamento*, *respecto* ó consideracion á que debe atenderse *(Rücksichtsnahme)*, *razon humana*, y aun el de una *racionalidad* objetiva, inherente á las cosas ó relaciones mismas. V. VOIGT, *b. c.*, p. 558, etc.

diversas consideraciones; antes las reconoce (1) bajo nombres adecuados, *humanitas*, *aequitas*, *boni mores*, *utilitas* (2). Pero, con todo, el poder subjetivo de la voluntad es para él el verdadero centro, y como tal se revela tambien en la esfera pública, en la concepcion del Estado como pacto, *communis reipublicae sponsio*, en la *voluntas populi* y el *consensus utentium* como fundamento de las leyes y costumbres; y en el *imperium* de las autoridades, tan característico.

3. Lo que predomina en la inteligencia del pueblo romano, es el *entendimiento*, á saber, la facultad que discierne, separa y combina despues acertadamente los elementos discretos para fines prácticos; que concibe, ante todo, las personas y las cosas como completamente independientes y aisladas, y, abstrayendo los elementos especiales y diferentes, junta lo comun á unas y otras en conceptos abstractos, de que resulta para el régimen y conducta de la vida un egoismo discreto y sagaz por móvil sea conscio ó ignorado. De todo lo cual, se siguen para el derecho romano un carácter formalista, lógico y abstracto, una tendencia utilitaria y ese egoismo inteligente como principal motivo de accion.

a) En cuanto á lo primero, el carácter lógico-formal se indica en la tendencia á expresar bajo ciertas formas ó esquemas comunes todas las relaciones de las personas entre sí y con las cosas; en determinar estas formas con claridad, precision, estricto ajuste y exactitud; en considerar su existencia como si fuesen propios séres sustantivos y en preferir, cuando el cambio de las circunstancias lo exigia, apelar á rodeos y á ficciones, antes que abandonar los moldes antiguos (3). Por este carácter, que lo mismo se revela en el aná-

(1) Voigt, *o. c.*, dá las pruebas por menor.

(2) Comp. p. 170.

(3) "De los dos elementos que constituyen una relacion positiva de derecho civil, la ley y el hecho, los romanos, en su profundo respeto

lisis y la combinacion, se ha comparado al derecho romano con la matemática (1). Pero esto es, más bien que una alabanza, una censura. Así como á la matemática, por más que pueda determinar proporcional y permanentemente las relaciones formales (cuantitativas y numéricas), merced á la constancia y necesidad de las leyes biológicas naturales, no le es lícito, sin embargo, usurpar el lugar de las ciencias materiales de la Naturaleza (física, química, etc.), que indagan la esencia de las cosas en este órden, siendo grande error de muchos matemáticos el de pretender determinar, por medio de fórmulas, dicha esencia cualitativa de las cosas, un fenómeno (v. gr., la luz): así es tambien radicalmente erróneo, segun ya se ha mostrado, creer que es posible determinar el Derecho en sí mismo, prescindiendo de las relaciones de la vida y viniendo á hacer con sus fórmulas una especie de problema de cálculo jurídico.

b) Esta tendencia formal, revelada en la abstraccion y generalizacion, expresaba al par y favorecia permanentemen-

---

á la primera, supusieron que el segundo no habia acontecido en casos dados ó que habia acontecido de otro modo. Por tanto, las ficciones se refieren siempre al elemento de hecho, no á la regla jurídica, ora sea este hecho un acto individual determinado (como en el caso de la accion publiciana), ora una situacion efectiva (como en la *bonorum possessio)*. Faltando á Heinecio comprender este delicado sentido conservador del pueblo romano, ha incurrido en los errores de que con tanta severidad le acusa HUGO *(Historia del derecho romano*, §. 179). Compárase con razon esta institucion del derecho romano con las ficciones semejantes en que abunda el derecho constitucional inglés, y aun el de los más de los Estados que han modelado sobre su régimen el suyo. Por lo demás, las leyes mismas habian dado al pretor ejemplo de estas ficciones. El Postliminio, la ley Cornelia, etc., no tienen otra significacion.» MARANGES, *(obra citada*, p. 86.)—(A.)

(1) LEIBNITZ *(Op.*, vol. 4, P. 3, p. 267). «Dixi saepius, post scripta geometrarum nihil exstare, quod vi ac subtilitate cum Romanorum Jureconsultorum scriptis comparari possit; tantum nervi inest, tantum profunditatis.

te la tendencia igualitaria, tan viva en el pueblo romano (1). Cierto que, en los antiguos tiempos, las ideas y formas comunes (v. gr., la *res*, las formas del *mancipium* y el *nexum*) eran en el derecho privado, más bien, una expresion para la mayor simplicidad de las relaciones. Pero, aunque posteriormente, al desenvolverse el derecho pretorio y el científico, se dió más importancia á la diversidad de esas relaciones, siguió, no obstante, predominando la aspiracion hácia la mayor generalidad y nivelacion posibles. El romano, que carecía de sentido artístico para las cosas individuales y verdaderamente concretas y cuyos dioses eran sólo hipóstasis abstractas, conceptos acomodados á las condiciones y fines prácticos, propendió tambien en el Derecho á aprisionar lo individual y concreto en formas comunes. Las XII tablas borraron la distincion de clase entre patricios y plebeyos con la *exaequatio juris:* por donde vino á crearse desde entonces en Roma una sola clase, un solo derecho de clase: la clase y el derecho del *civis romanus*. Aún en el derecho civil, siguió preponderando la tendencia á tratar del modo más uniforme todo cuanto era susceptible de subsumirse en un concepto abstracto y comun, segun especialmente se observa en el derecho real, donde la distincion, tan importante, entre propiedad mueble é inmueble, si se prescinde de algunos pormenores de escasa entidad (v. gr., el tiempo para la usucapion), absolutamente ninguna significacion jurídica tiene en la posesion, la propiedad, la hipoteca, las sucesiones, ni las obligaciones.

Así como al contrario que en el derecho germánico, cabe introducir aquí un modo esencialmente diverso de considerar la propiedad territorial y la mueble, así ha determinado tambien el derecho mismo, de una manera muy diversa, se-

(1) Sobre esta tendencia igualitaria, véase IHERING, II, p. 86-123.

gun las distintas situaciones de la vida, las clases y la profesion del noble, el ciudadano, el labrador y el industrial. Verdad es que ha desconocido demasiado la superior igualdad comun, civil y política: en cuyo respecto, fué por esto mismo muy ventajosa la admision del derecho romano, como lo fué tambien por su mayor sencillez, claridad y generalidad para borrar ciertas distinciones y particularidades inútiles y contribuir á fundar una mayor unidad jurídica. Hé aquí por qué ambos derechos (1) se deben armonizar realmente. La unidad é igualdad jurídicas exigen que no haya más que un derecho y una jurisdiccion iguales y comunes para todas las relaciones en que son tambien iguales los individuos como hombres y ciudadanos; pero recibiendo al par una ordenacion especial las diversas profesiones que nacen de la division humano-social del trabajo (2).

c) En la inteligente manera como el pueblo romano dirige su vida, hállase, sin embargo, una prudente concepcion, cálculo y aprovechamiento de todas las relaciones para sus fines prácticos. Esta tendencia penetra tambien el derecho privado, que por esto ha sufrido tan contínua reforma y mudanza. Ningun derecho ha progresado tanto con las circuns-

(1) Todo germanista ilustrado estará de acuerdo con IHERING, cuando observa (II, p. 122, nota) que, para libertarnos del derecho romano, no es el camino recto hacer constar la diferencia entre su espíritu centralizador y nuestra concepcion particularista é individualizadora; sino, por el contrario, cultivar el elemento central de la concepcion jurídico-germánica y mostrar que no somos en este respecto tan pobres como se creia, ni tenemos necesidad de remediar nuestra falta de puntos de vista centrales, valiéndonos exclusivamente del derecho romano.

(2) Por esto, los más de los germanistas modernos tratan tambien por separado las relaciones jurídicas de las diversas clases; siendo contrario al espíritu del derecho aleman, así como á la naturaleza de las cosas, borrar esta distincion, procediendo de un modo romanista y disgregar los elementos homogéneos, que se condicionan mútuamente en un Estado.

tancias como el romano; y á la verdad, no por un oscuro impulso ó instinto, sino con clara conciencia é intencion, tanto de los magistrados, especialmente de los pretores, como del pueblo en la legislacion. Nada más ajeno á éste que abandonar las relaciones y las instituciones á sí mismas y dejarlas crecer y multiplicarse, como en una cierta vejetacion exuberante de la Naturaleza. Doquiera se muestran la intencion, la claridad en el fin y en los medios, junto con varonil firmeza en la imperturbable prosecucion de aquel. Jamás el pueblo romano ha sacrificado la vida á un concepto, á una mera máxima teórica. Mientras los romanistas actuales consideran con demasiada frecuencia la vida, como en el espejo de las ideas romanas, el romano la veia en ella misma; y con el cambio de sus relaciones modificaba las reglas y formas del Derecho.

En su totalidad, aparece éste en Roma como un derecho *de bienes*, penetrado por el motivo del egoismo discretamente calculado para los fines prácticos del interés propio y que recibe la forma jurídica del imperio de la voluntad. El egoismo (1), palanca de toda la vida nacional, preside en lo

(1) Este egoismo ha sido observado por IHERING, y antes por HEGEL y GANS, las más veces como motivo interno del carácter y derecho romanos. Así dice aquel (I, p. 298): "las instituciones, virtudes, etc., romanas se coordinan en un organismo impulsado por la idea del egoismo, cuya tendencia sólo se manifiesta, sin embargo, en la estructura y actividad del todo, no en las partes individuales..... La habilidad *(virtuositaet)* de ese egoismo romano se manifiesta en que siempre tiene á la vista la conexion total, y jamás aspira á una satisfaccion momentánea á expensas de ella..... Así, puede definirse el carácter romano con sus virtudes y sus faltas como sistema del egoismo disciplinado. El principio capital de este sistema es que lo subordinado debe sacrificarse á lo superior: el indivíduo, al Estado; el caso particular, á la regla abstracta; el momento, al Estado duradero....., un pueblo, el cual, junto con el más alto amor á la libertad, ha conquistado la virtud de dominarse á sí propio, hasta llegar á hacer de ella una segunda naturaleza, está llamado á dominar á los otros. Pero

exterior á la sumision de los otros pueblos bajo el poder y el señorío de Roma, y aspira tambien en el interior, en el derecho privado, sólo al aumento de la fortuna, á extender el imperio sobre las cosas y sobre los actos ajenos: con lo cual, el interés propio, que deliberadamente busca su provecho á expensas del ajeno, viene á ser considerado como un principio natural (1). Como derecho de bienes parcial y abstracto, excluye el romano de la esfera jurídica todas aquellas relaciones que no permiten ese poder y dominio egoista y en las cuales se manifiestan vínculos más firmes, fines morales ó la subordinacion de la fortuna á éstos. Enteramente al contrario, el derecho germánico, con un espíritu más adecuado á la moralidad y al Derecho, no ha encerrado todas las relaciones jurídicas juntas en el círculo de los bienes; sino que, no reconociendo en general el concepto abstracto de los bienes, el patrimonio, como una unidad sustantiva, ha determinado siempre las relaciones de propiedad ó de obligacion, segun la diversidad de las personas y las condiciones de la vida, introduciendo diversas restricciones morales y ensal-

---

el precio de la grandeza romana fué en verdad muy costoso. El insaciable demonio de aquel egoismo todo lo sacrifica á su fin: la felicidad de sus propios ciudadanos, como la nacionalidad de otros pueblos..... El mundo que le pertenece, es un mundo sin alma, falto de todos los bienes más bellos: un mundo, no regido por hombres, sino por máximas y reglas abstractas: una máquina grandiosa, admirable por su solidez, por la regularidad y seguridad con que trabaja, por la fuerza que desarrolla y con que pulveriza todo cuanto se le opone, pero al fin y al cabo una máquina. Su señor era al par esclavo.»—Comp. la expresion análoga de Hegel, p. 158, nota. Ahora bien, en ese mundo es donde se precipita y encadena la juventud estudiosa, desde el principio, frecuentemente mucho antes de haber alcanzado un criterio superior en el cultivo de la Ética ó de la Filosofía del Derecho; y luego se extrañan que sea para ellos difícil y aun imposible llegar á una elevada concepcion moral del Estado, el Derecho y la vida!

(1) *In emendo ac vendendo naturaliter concessum est sese in vicem circumscribere.* L. 22, §. 3, D. *locati.*

zando la fortuna con fines éticos, mediante vínculos, sociedadés y corporaciones de diversas clases. Al egoismo moderno, que aspira á explotar la nueva libertad, en el movimiento y circulacion de los bienes—libertad en sí buena y económicamente provechosa—y la disolucion de los antiguos y degenerados vínculos, le convendria poder, en el espíritu del derecho romano, abandonarse exclusivamente á su propio impulso y prescindir de toda consideracion y obligacion ético-jurídica, así en las relaciones individuales, como en los vínculos sociales; pero el principio moral, que en el derecho y vida alemanes no se ha extinguido aún, á pesar de la desmedida preponderancia del derecho romano, vuelve á formular sus exigencias y ha de fortalecerse con nuevo vigor por una Filosofía superior del Derecho, que cada vez vá desarrollándose más sobre una base ética.

§. 3.—Influjo del derecho romano en el moderno progreso social y jurídico, y su valor para la vida y cultura del derecho en la época actual.

En el juicio que precede del valor interno del derecho romano, de sus principios considerados en sí mismos y en oposicion á los del germánico, se han indicado en diversas ocasiones los cambios que su adopcion ha ejercido gradualmente en la vida alemana. Ahora, podemos ya resumir aquí los elementos esenciales de este influjo, estimándolo desde otro punto de vista.

1. Consideremos el influjo del derecho romano sobre la vida social y jurídica moderna. La introduccion del derecho de Roma, cuya historia tan llena de interés, aún no ha sido escrita (1), debe reputarse, desde un punto de vista elevado;

(1) Blunstschli—que en el prólogo á su *Derecho privado aleman* (*Deutsche Privatrecht*, 1853) revela un vivo sentido del derecho germánico en contra de las opiniones erróneas, que todavia se producen,

como hecho exigido por una razon interna, como un eslabon de aquella cadena que enlaza los esfuerzos y las conquistas de los pueblos. Verdad es que se oye lamentar con frecuencia de que el derecho romano ha entorpecido el progreso natural del germano; pero, si debe considerarse como un beneficio el que, precisamente en la época en que el pueblo aleman empezaba á florecer en la industria y el comercio, el derecho romano, donde se habian desenvuelto ya con amplitud los principios tocantes á los bienes muebles, viniese á llenar oportunamente este vacío del derecho aleman, tambien ha de tenerse á dicha que impidiera el desarrollo ulterior de éste, ya que se habia apartado del camino verdadero, y todo movimiento social y jurídico estaba tan ahogado por los lazos feudales, que la dignidad de la persona y libertad humanas, así en general, como en lo tocante á los intereses de fortuna, casi se habia borrado de la conciencia moral y jurídica. El derecho romano detuvo esta corriente extraviada, evitó que se estancase el flujo progresivo de la vida, é hizo despertar en el espíritu y los sentimientos del pueblo aleman el recuerdo del principio de personalidad y libertad, á que estaba ajustado esencialmente su antiguo derecho, y que vino á prestar á la sazon su auxilio para romper las nuevas y opresoras trabas.

Coincidia en general la introduccion del derecho romano con las nuevas tendencias que empezaron á mostrarse despues del fracaso de las Cruzadas, y convirtieron los sentimientos más hácia el fondo santo del espíritu, promoviendo de seguida el desarrollo de la filosofía (la última, y ya débil, Cruzada, en 1248; Alberto el Grande † en 1280 y Sto. Tomás de Aquino † en 1274) é inclinándola á seguir un camino más

sobre el lugar del derecho romano en la vida alemana, y pide una codificacion germánica oportuna—advierte la falta de esta historia, que deberia ofrecer interés muy señalado.

independiente y ménos sujeto á las antiguas autoridades.

El nuevo espíritu filosófico, vigorizado por un mejor conocimiento de la filosofía antigua, la adopcion del derecho romano y la consiguiente reforma religiosa, han sido las tres bases de que ha partido y en que se apoya el espíritu moderno, y se han prestado un auxilio recíproco. El *yo* humano, que en la esfera intelectual se hizo valer como pensamiento propio y libre indagacion, y que, en la religiosa, tenia su fuente en la fé íntima, recibió del derecho romano una garantía de su libre manifestacion en la vida civil externa. Este derecho es el que libertó por de pronto al Estado de los lazos con que lo tenia sujeto la Iglesia; el que hizo reconocer la independencia de la vida civil; el que trajo á la conciencia de la época el concepto de una ciudadanía comun; el que arrancó la autoridad del Estado de manos del feudalismo y le dió vigor; el que preparó en el derecho privado el reconocimiento de la personalidad civil, de la igualdad ante la ley, de la libertad en el tráfico de los bienes de fortuna, y especialmente en la esfera de la propiedad territorial; el que produjo, por último, una mejor administracion de justicia, suprimiendo las ordalias. Beneficios son estos, que debemos agradecerle.

Mas, por otro lado, hay que reconocer, y ya se ha hecho alguna indicacion alusiva á este punto, que, así como la filosofía y aun la Reforma se extraviaron en parte, así tambien el derecho romano, por el rígido exclusivismo de sus principios, condujo tambien á ciertos errores. Añádase que bien pronto se colocó en la impropia situacion de vencedor y señor, pretendiendo cerrar violentamente en sus formas las condiciones de la vida germánica, á veces tan internamente diversas. Pero precisamente aquí se ha confirmado el poder del sentido del pueblo aleman, su tendencia jurídica viva todavia y sana, y á la verdad, en tiempos en que sus juris-

consultos habian casi olvidado el derecho pátrio por el extranjero. Con una tenacidad, una paciencia y una perseverancia verdaderamente alemanas, ha conservado en sus costumbres importantes instituciones jurídicas, á pesar de sus jurisconsultos y sus tribunales, ayudándose y valiéndose (1) á sí propia para rechazar instituciones extrañas y consolidando en el matrimonio y en el derecho conyugal de bienes, en la pátria potestad, en la tutela, en las sucesiones, en muchas obligaciones importantes y especialmente en el derecho de sociedad, su condicion, distinta de la romana. Al comenzar el estudio del derecho germánico, especialmente cuando Conring († en 1681) hizo notar con inteligencia é insistencia la sustantividad nacional y característica de este derecho, comenzaron tambien á hacer más justicia á las costumbres germánicas los jurisconsultos, á pesar de su preocupacion por el derecho romano y su prurito por adaptar los conceptos de éste, faltando á todo sentido histórico, á las relaciones é instituciones germanas. Vinieron así mostrando en muchos puntos un espíritu más sano y atento á las circunstancias reales que el de ciertos rigoristas de la escuela histórico-romanista, que, durante algun tiempo, han pretendido purificar la vida jurídica alemana, destruyendo la mezcla ya introducida de principios germánicos y romanos.

Cada dia se pone más en claro para los romanistas y los germanistas ilustrados la exacta relacion entre ambos derechos, llegando á reconocer que el romano no ha sido adoptado como tal, sino esencialmente modificado, y que ha tenido lugar un proceso original de asimilacion, en el cual, la vida germana no se ha apropiado sino lo que realmente respondia á una necesidad esencial. En Alemania, el derecho romano, en la vida y aun en la ciencia misma, ha venido á ser

(1) V. sobre esto especialmente á RÖDER, *Ideas fundamentales. (Grundgedanken)*, p. 91, etc.

muy otra cosa de lo que era en Roma. La ciencia alemana lo ha refundido en un todo sistemático tal, que el espíritu romano difícilmente lo reconoceria. Pues si, en Francia, el derecho romano vino aplicándose como *ratio scripta*, jamás tuvo en los tribunales de Alemania tanta fuerza el llamado imperio legal del *Corpus juris*, cuanto la autoridad, verdaderamente decisiva, de la ciencia que obró aquella refundicion.

El último estadio de este desarrollo no se ha recorrido todavia, pero está próximo á andarse. La vida germánica necesita tambien hallar una expresion viva y científica para su unidad y totalidad; y es mision de la ciencia elevarse sobre el punto de vista meramente romano-germano, y, contemplando la vida real, en la que ambos factores no se apartan y divergen, sino que se adhieren y entrelazan en su crecimiento, exponer con esa unidad y totalidad todo el derecho verdaderamente positivo. No excluye esto en modo alguno el estudio fundamental é histórico del derecho romano y del germánico, por separado; sino que mantiene en la ciencia la unidad viva del Derecho (1). Semejante refundicion científica seria tambien lo más adecuado para abrir camino á una codificacion nacional; si es que ésta, segun parece, todavia se ha de hacer esperar largo tiempo.

---

(1) Me es muy satisfactorio hallar un hábil romanista como fiador de esta opinion, que tanto tiempo he acariciado y que me ha guiado en el desenvolvimiento de los principios del derecho privado, expuestos en el libro III de esta obra. WINDSCHEID, en su discurso universitario, que contiene tan excelentes consideraciones sobre el derecho romano y su adopcion: *Derecho y ciencia jurídica (Recht und Rechtswissenschaft*, Greifswalde, 1854) dice: "todavia hay que remediar un mal, que hoy apenas se siente: tan acostumbrados estamos á él. Lo que hallamos como gérmen y núcleo vivo del derecho romano, debe exponerse con el derecho específicamente germánico, constituyendo un *todo*. Despues de lo que acaba de decirse, se comprende desde luego esta exigencia: pues es tan derecho germánico, como el germánico mismo y

2. Si consideramos al derecho romano en su valor práctico para nuestro tiempo, se ha expuesto por medio de una investigacion despreocupada y especialmente por la nueva ciencia jurídica alemana, que este valor es mucho menor de lo que antes se creia, habiendo conservado la vida jurídica alemana, casi en todas las relaciones, sus conceptos originales (1). Pero, si nos representamos el estado y órden jurídico producido por la coexistencia y mútua penetracion de ambos sistemas históricos en los países alemanes de derecho comun, no podremos ménos de considerarlo como altamente deplorable é imposible de salvar por ninguna ciencia meramente histórica, así del derecho romano como del germánico. Pero las investigaciones históricas han producido el buen resultado de poner en claro los caractéres peculiares de cada uno de aquellos sistemas, suprimir la antinatural mescolanza de instituciones fundidas por meras analogías extrínsecas y, garantizando la propia naturaleza de cada derecho, determinar más exactamente la esfera y límites de la posibilidad de aplicarlo. Mas las opiniones sobre la relacion entre el derecho romano y el germánico en la vida práctica son aún diversas entre romanistas y germanistas y conducen á la vacilacion y á la incertidumbre. En muchos casos, el problema de la adopcion de instituciones romanas es una *quaestio facti* muchas veces difícil de decidir. La vida social, no sólo sufre con esto á causa de la multitud de controversias del derecho romano, aumentadas todavia en la práctica por

---

tiene para nosotros interés, no por ser romano, sino por ser germánico. Hoy todavia dividen los científicos el material jurídico que exponen en una parte romana y otra germánica, que colocan una al lado de otra, sin vínculo alguno..... Es posible que el tiempo (de semejante division) no haya pasado del todo, mas no por esto es ménos cierto que tiene que pasar."

(1) Véase la tercera subdivision de la siguiente historia del derecho aleman.

la escuela histórica, lejos de disminuirse (1); sino por la distinta oscuridad de esta relacion, fuente importante de un descontento harto fundado, capaz sólo de satisfacerse por medio de una nueva codificacion, que, si no puede responder á las exajeradas esperanzas que de sus efectos se esperaba, puede, sin embargo, corregir muy graves males.

Pero debe en general considerarse, y de hecho se viene reconociendo últimamente por los romanistas y germanistas de más elevadas aspiraciones, que la manera puramente histórica de tratar el Derecho no corresponde á las necesidades y exigencias de la vida. El sueño de esta nuda ciencia histórica debe reputarse tan quimérico como el del antiguo derecho natural, que intentaba fundir todas las relaciones en unas cuantas formas abstractas, en un molde único, como derecho de todo el universo mundo; sin respeto á las diferencias nacidas del carácter nacional, de las costumbres y de la historia. La ciencia del Derecho ha de mirarse como una ciencia biológica, que enlaza el elemento filosófico, el histórico y el inmediatamente práctico, y cuyos representantes deben despertar y alimentar en sí mismos un sentido jurídico, purificado y vivificado por la suprema referencia del Derecho á su último fundamento y por el conocimiento é intuicion de las relaciones efectivas de la vida.

3. El *estudio* del derecho romano, aun cuando éste cese de ser derecho vigente, conserva un gran valor científico. Debe estimarse como un elemento de aquel legado de la antigüedad que los pueblos modernos de Europa han aceptado con alegría, presintiendo el nuevo vigor que su vida habia de recibir por su auxilio. Como parte de la literatura romana, se reflejan en él el espíritu y vida romanos en su forma concreta. Si la filosofía griega persigue una ten-

(1) Véase sobre esto despues, tocante al problema de la codificacion, la opinion de SEUFFERT.

dencia ideal; si el arte griego ha informado el ideal en bellas formas, Roma ha creado en su derecho una inteligente obra de arte biológico. Y si la libertad ideal, propia de la filosofía y el arte helénicos, se despierta en nosotros con el estudio de éstos, la libertad de la voluntad subjetiva, que penetra el derecho romano, alimenta el sentido vivo de esta libertad, cuyo espíritu, viniendo á nosotros de la antigüedad clásica, es lo que con tanto júbilo hemos recibido y con tan grande amor cultivado. Mas no sólo ha favorecido el derecho romano un movimiento más libre de la vida, sino que de él ha aprendido no pocas cosas el espíritu y derecho germánicos. No puede negarse á éstos en general el sentido de las formas; antes, allí donde éstas sirven para dar á conocer y para asegurar los derechos, les ha otorgado más importancia aún que el romano. Pero lo que aquel espíritu ha aprendido y puede aprender todavia en mayor proporcion, es la informacion plástica de un concepto general en sus consecuencias particulares, con la consiguiente dominacion de todo el material jurídico por el poder de un principio central; y en el estudio de las fuentes mismas, el desenvolvimiento de una concepcion concreta de la vida en una rica casuística. Esta tendencia debe mantenerse por medio de un constante estudio; aunque, conforme á las justas exigencias germánicas, es tambien obligado cultivar el sentido de las diferencias, en la igualdad general, y evitar las consecuencias exclusivas, atendiendo á los vínculos orgánicos de la vida.

Mas el estudio del derecho romano será más libre y científico, cuando deje de constituir uno de esos estudios *de pane lucrando (Brodstudium)*, de tan inconveniente manera explotado en las Universidades: cuando haya dejado de ser derecho vigente. Esta liberacion lo será tambien para el pueblo aleman y su juventud estudiosa. Así como nuestra moderna literatura, una vez levantada sobre las obras de la an-

tigüedad, se emancipó de la mera imitacion y vino á ser expresion del génio aleman, así tambien la ciencia jurídica y la legislacion, despues de fortalecidas en nuestra pátria por el espíritu del derecho romano, ha de emanciparse de éste como derecho positivo, progresando de acuerdo con el génio y las necesidades de nuestra nacion. Ya es tiempo de que la enseñanza jurídica no permanezca confinada de un modo tan preponderante en el círculo de Roma. Un estudio exclusivo de la antigüedad condujo en Francia, durante la época de la revolucion, á la manía de imitar las formas políticas griegas y romanas (haciendo que el *délivrez nous des Grecs et des Romains* llegase á ser el anhelo de todos los hombres de buen sentido); el estudio parcial é indebidamente preponderante del derecho romano ha venido, de una manera análoga, á alimentar una concepcion muy imperfecta y una tendencia liberal, pero abstracta y subjetiva, que desde la esfera jurídica privada pasó lógicamente á la pública. En este punto, el cultivo del derecho germánico constituye un contrapeso, en parte, y en parte, un complemento esencial; pero no basta por sí solo, pues sin un criterio superior, no cabe conocer el verdadero complemento y correctivo. Si el gérmen saludable, que en la mente de la juventud existe, no ha de extirparse desde el principio y acaso para siempre, y si han de ponerse las bases para una tendencia, que sea luego difícil arrancar, no se debe empujar á la juventud tan exclusiva y exajeradamente hácia el derecho romano (1). Antes, al contrario, se la debe familiarizar al

(1) El Derecho romano influye más ó ménos en la legislacion de casi todos los pueblos, y, en lo relativo á *obligaciones*, bien puede decirse que hoy en todos ellos. Donde no se mezcla desde luego con los elementos germanos, en el momento de la invasion de los bárbaros, como en los países neo-latinos, se introduce más tarde, á consecuencia del renacimiento debido á los glosadores en el siglo XII, al modo que sucedió en Alemania, y parcialmente en Castilla con la pu-

propio tiempo, por medio de un sério estudio de la Ética y de la Filosofía jurídica, con las superiores exigencias de la vida, así como con los últimos fundamentos del derecho en sus relaciones internas con todos los elementos esenciales de aquella, haciéndoles alcanzar desde un principio viva intuicion de las condiciones económicas, tan importantes y que forman la base de tantas relaciones jurídicas (1).

---

blicacion de las Siete Partidas, á diferencia de las obras romanas españolas, en alguna de las cuales es hoy, sin embargo, como en Cataluña, el núcleo de su legislacíon positiva; y en Francia origina la division en provincias de *Derecho escrito* ó romano y provincias de *droit coutumier* ó germano, que subsiste hasta la publicacion del Código Napoleon y que tambien allí dió lugar á la formacion de las dos Novelas que representaba en el siglo XVI los célebres jurisconsultos Cujas y du Moulin y cuya conciliacion representa en el XVIII el ilustre Pothier.—(A).

(1) Tambien la Economía nacional se estudia por lo comun en las Universidades alemanas demasiado tarde. Esta ciencia es la verdadera base del derecho mercantil. El autor de la *Etnología* citada en el tomo I, p. 206, nota (1) t. I (VOLLGRAFF se ha declarado autor de este libro en la tercera parte, que contiene la Filosofía comparada del Estado y del Derecho), dice por esto con razon, en la parte III, p. 434: "En nuestros tratados de derecho privado se dice usualmente que las obligaciones nacen de contratos, etc.; pero en ninguna parte se pregunta de qué nacen á su vez los contratos. Se supone conocida por el oyente ó el lector, dejándole en completa duda acerca de ello, la teoría del cambio; y todo jurista sério é inteligente deberia por esto estudiar, primero, Economía nacional, y sólo despues el Derecho privado: porque, si se puede conocer perfectamente la teoría del cambio y aun dominarla, sin ser jurisconsulto, lo contrario es imposible."—El derecho romano es precisamente el más abstracto derecho de cambio, y supone, por consiguiente, con más razon las bases indicadas.

APÉNDICE.

INDICACIONES COMPLEMENTARIAS A LA HISTORIA DEL DERECHO ROMANO.

1.ª Del carácter enérgico de la *pátria potestad* de Roma, la más grande institucion de su Derecho, se ha venido á parar por escritores, como Hegel, Adam, Müller, Gibbon y otros, á considerar al hijo á la par que á la mujer y al esclavo, como cosas. "Savigny ha sido el primero (t. I. §. 54), dice el Sr. Maranges, que ha reivindicado la verdad de los hechos, haciendo observar que al lado de la consideracion de cosa, tenia el hijo la de persona", y añade que "con razon se elogia la bella pintura que nuestro patriota Columela hace de la vida de familia en los primeros tiempos (los más rigorosos) de la historia romana" *de re rustica*. lib. XII.

2.ª Sobre la naturaleza y orígen de la division de las cosas en *mancipi* y *nec mancipi*, véase el cap. 3.º, en la obra de Sumner Maine, varias veces citada, y sobre la *mancipacion*, los caps. 3.º, 6.º, 8.º y 9.º

3.ª El obligado se decia *nexus*, *nec mus*, porque enagenaba en cierto modo su libertad, contrayendo un vínculo, no de patrimonio, sino personal, y de aquí las consecuencias lógicas á que este concepto condujo á los romanos, algunas de las cuales se muestran en el Derecho posterior, cuando se llama *obligatio* y se estima ésta como un *vinculum juris*, y todavia hoy lucha este sentido con el sano y debido.

4.ª En Roma, como en todas partes, la sucesion intestada precede á la testamentaría, la cual nace cuando el carácter de la familia y de la propiedad comienza á relajarse. Por esto la repugnancia de algunos escritores modernos á reconocer que en el famoso principio de las Doce tablas: *pater familiasuti legassit*, etc., se consagrase la libertad de testar, puesto que parece contradictorio que obedecieran la sucesion testamentaria y la intestada á principios tan distintos, cuales son el de conservacion de la familia civil, á que respondian en ésta los tres órdenes de llamamientos: *herederos suyos*, *agnados* y *gentiles* y el de la voluntad individual á que se pretende obedecia aquella. De aquí que algun jurisconsulto se inclina á creer que aquel precepto tenia su aplicacion cuando no habia ninguno de esos tres elementos esenciales de la familia: herederos suyos, agnados y gentiles.

5.ª No creemos que merezca alabanza la distincion hecha por los

romanos entre los crímenes y los delitos, ó crímenes públicos y privados, entre los últimos de los cuales incluian el hurto, el daño, etc., pues es evidente, á nuestro juicio, que los términos *delito* y *privado* son contradictorios, en cuanto la perturbacion del Derecho, cuando es criminal, á diferencia de cuando es civil, es negacion, no de una relacion jurídica particular de este ó de aquel, sino del Derecho mismo, y de aquí el interés social de restablecer y reparar éste.

6.ª No hay que olvidar el carácter religioso que tiene la penalidad en la primera época, y así, como dice Du Boys, el Pontífice es auxiliar de la justicia, se cumplen solemnes expiaciones para purificar la ciudad, el culpable es religiosamente aislado de la comunidad civil, de lo cual es el último vestigio la separacion mística significada por el acto de *cubrir la cabeza*, que desaparecció con las Doce tablas.

Además, al lado de la jurisdiccion del Estado, habia la del padre, del señor y del patrono. De la primera es una muestra el hecho de Horacio, ocurrido en tiempo de Tulio Hostilio, el cual, acusado por haber dado muerte á su hermana, se libra de morir porque el padre declara que su hija era culpable; que él la habia matado, y que si, por el contrario, hubiese sido inocente, él habria castigado al matador.

7.ª Despues de la caida de los reyes, una de las primeras conquistas de los plebeyos fué la ley *Valeria*, la cual prohibia que la pena de muerte fuese impuesta por un solo magistrado y encomendaba el conocimiento de los negocios criminales á los comicios por centurias.

La jurisdiccion civil pertenecia á los reyes y despues á los cónsules, hasta la creacion de los pretores. Servio Tulio estableció los jueces llamados *centumviri*, los cuales, salidos de las tribunas representantes de la soberanía del pueblo, conocian y siguieron conociendo de todos los asuntos que interesaban más á la ciudad, como usucapion, agnacion, gentilidad, testamentos, etc.—(A.)

SECCION TERCERA.

Reseña de la Historia del Derecho en los pueblos que abrazaron el Cristianismo, especialmente los germánicos (1).

INTRODUCCION.

OJEADA GENERAL AL ORÍGEN, CARÁCTER Y SENTIDO DE LA VIDA Y DEL DERECHO EN LAS RAZAS CÉLTICAS, GERMANAS Y ESLAVAS.

Los romanos, últimos representantes de la civilizacion antigua, habian llegado á tener completamente vacío el núcleo de su vida ética.

(1) La historia del pueblo aleman y de su derecho se expone aquí con alguna más amplitud, ya por la mayor importancia, que en general le doy, ya tambien porque esta rama jurídica forma parte de los estudios universitarios en Austria, dónde se le concede toda la significacion que merece en justicia. He creido tambien deber exponer con más detenimiento lo relativo al carácter del pueblo, su religion y estado primitivo general y jurídico, como bases y puntos seguros de partida para el desarrollo histórico ulterior.

Las principales obras completas que tratan la historia general de Alemania y la de su derecho, son: 1) la fundamental de C. Fr. Eichhorn, *Historia política y jurídica de Alemania (Deutsche Staats-und Rechtsgeschichte)*, 5.ª (última) edicion, 1844, 4 tomos: la recomiendan especialmente su profundidad y claridad, si bien necesita rectificacion y complemento en algunos respectos, atendidas las indagaciones recientes; 2) la de Zöpfl, que lleva el mismo título (2 tomos, 2.ª ed., 1844), y en que se trata por separado, á través de todos los períodos, cada parte principal, la historia interna y externa del derecho, así como sus fuentes respectivas; 3) la *Historia del derecho aleman (Deutsche Rechtsgeschichte)*, 1853, de Fr. Walter, obra con

Disolvióse éste de una manera tan profunda y general, que hasta al poder salvador de la verdad, traido por el Cristianismo, no supo dar sino efímero apoyo, y necesitó la Providencia llamar á la escena pueblos de más vitalidad interna y mejor dispuestos, aunque salvajes, que llevaran á cabo la disolucion exterior tambien del Imperio romano y constituyesen en nuevos Estados la representacion del órden supremo religioso y moral.

Prescindiendo de la inmigracion á Europa de los iberos (1) y fineses (2), éstos al Norte y aquellos al Oeste, ocurrida probablemente antes de la de los italianos y griegos, y realizada por pueblos que nada absolutamente tienen que ver con la raza indo-europea, quedó reservada aquella nueva mision en la historia universal á los celtas, germanos y eslavos (3), procedentes, como los romanos y griegos, del tronco

cienzuda que (con omision proporcionada de la historia jurídica externa) desenvuelve por igual todas las partes, atiende en lo debido á las investigaciones novísimas, merece ser recomendada especialmente para el uso general y ha servido de base al resúmen aquí expuesto.—Los *Rudimentos de la Historia del derecho aleman (Deutschen Rechtsgeschichte im Grundrisse)* de GENGLER, 1849, incompletos desgraciadamente, ofrecen una buena bibliografía minuciosa sobre todas las materias; la dá tambien ordenada PHILLIPS, en su *Historia del Imperio y derecho alemanes (Deutsche Reichs-und Rechtsgeschichte)*, 1850.

(1) Su orígen y procedencia no se conocen seguramente; hasta en la lengua vasca, todo lo que de ellos quedaba se ha extinguido. Sin embargo, como advierte GRIMM en su *Historia de la lengua alemana (Geschichte der deutschen Sprache)*, tomo I, pág. 174, han debido tener múltiples contactos y ejercer influjo en tiempos remotísimos sobre los pueblos itálicos y celtas, segun ya lo dice el nombre de *celtíberos*.

(2) Esta raza, que hoy aún traspasa el Ural y se extiende por el Noroeste del Asia, fué empujada probablemente desde el centro hácia el Norte por celtas, germanos y eslavos: GRIMM, *o. c.*

(3) A los pueblos de orígen indo que vinieron á Europa, pertenecen tambien los lituanios, los tracios, y segun nuevas indagaciones, los escitas (pueblo mezclado sin duda), que carecen de importancia, sin

ário, siendo los *germanos* especialmente los llamados á cumplirla. Verdad es que éstos, en el dilatado curso de su peregrinacion desde las vertientes occidentales del Himalaya, ya por sus diversas guerras con otras razas, ya sobre todo por no haber llegado durante largo tiempo á fijar su morada permanentemente, se habian quedado retrasados en su cultura, y aun en parte habian retrocedido; pero conservaban un núcleo robustísimo de vida y un alto sentido de ésta. Así fué que, en el momento de necesitar el Cristianismo para su divina verdad moral, elementos étnicos nuevos tambien, se produjo especialmente entre los germanos, constituyendo el momento más notable de aquella emigracion de pueblos, que los llevó al Imperio romano, donde sólo despues de recibida la religion de Cristo, reaparece un largo período de paz exterior. El Cristianismo se convierte sobre todo en lazo supremo de union entre estos pueblos; y si, como es probable, ha de buscarse la causa principal de la dispersion de las razas árias en las diferencias de religion y culto que surgieron en la pátria comun primitiva (1),

---

embargo, en la era cristiana. Los lituanios son casi desconocidos en la historia, pero como dice GRIMM "los garantiza un idioma notable." Este se ha dividido luego en tres ramas, de las cuales ha desaparecido por completo la prusiana antigua, la lituania subsiste en la Prusia oriental y samoyicia, y la lética en Curlandia y Lirlanda.

(1) En apoyo de esta opinion, emitida ya por muchos, citaré un pasaje del Código de MANÚ, x, 43, de que no se ha hecho mérito, que yo sepa, para el caso. En él se dice: "Por la omision de las ofrendas y el desvío del trato con los bramanes *(la non fréquentation des bramanes,* segun traduce LANGLOIS), han caido poco á poco en este mundo, hasta llegar al grado ínfimo de los sudras, las siguientes razas, pertenecientes á la casta guerrera." A estas razas caidas, que luego emigraron ó fueron expulsadas, hay que referir entre otras muchas, que es muy difícil reconocer despues en la historia, las ya señaladas por ésta, merced á sus investigaciones recientes, con entera certeza, y que son de importancia especial para nuestro asunto. Tales son: los savanas, llamados ya *javan* en el árbol genealógico del Génesis, y en los

preciso es reconocer que la nueva doctrina vuelve á unirlos entre sí y despues con otros pueblos.

Las tres razas de que vamos á ocuparnos, estaban dotadas cada una de peculiares disposiciones de pensamiento y sentimiento, que se revelan tenazmente por toda su historia, hasta nuestros dias.

Los *celtas* (1), llamados en el Asia menor (donde todavia en tiempo de Jesucristo hablaban la lengua gálica) gálatas,

---

cuales ven en general los orientalistas á los jónios (así en *Los Persas* de Esquilo, llaman estos al pueblo griego Ιαονες); los pahlavanas, quizá probablemente los antiguos persas (pehlvi); los sakas (en quienes descubre GRIMM á los sajones); los paradas, verosímilmente, los partos, y los chinas, ó el primitivo tronco ário, que debió penetrar en la China (V. p. 300). Del pasaje citado, parece desprenderse que la emigracion se produjo con motivo de las luchas surgidas entre guerreros y sacerdotes y que acabaron por el triunfo de éstos y la organizacion definitiva de las castas. Las que emigraban, eran por lo tanto las razas más fuertes, de sentido más humano, podria decirse, que no quisieron sujetarse al yugo impuesto por los sacerdotes. Así es, que jamás instituyeron luego entre sí ni estado sacerdotal aparte, ni ménos sistema de castas. Tambien opina LEO, *Historia universal (Universalgeschichte)*, t. II, 30, que el enlace de las razas alemanas con los indos no se rompe antes, sino despues de la edad de los Vedas. Dicho autor en sus *Lecciones sobre la historia del pueblo é Imperio alemanes (Vorlesungen über die Geschichte des deutschen Volkes und Reiches)*, t. I, páginas 1-136, ha tratado tambien por vez primera ahora de mostrar más detenidamente las relaciones íntimas de la vida y creencias de los primitivos alemanes con las de los indos ários. Hay, sí, que tener presente, que muchas de sus afirmaciones deben ser juzgadas sólo como estímulo para nuevas investigaciones.

(1) Sobre los celtas, V. los trabajos recientes: *Celtica* de DIEFFENBACH, 1839; *Grammatica celtica* de ZEUSS, 1853; MONE, *Historia del paganismo en la Europa setentrional (Geschichte des Heidenthums im nördlichen Europa)*, 1822; id. *Lengua de los Galos, etc. (Gallische Sprache u. s. w.)*, 1851; C. ECKERMANN, *Tratado de Historia de la Religion y de Mitología (Lehrbuch der Religionsgeschichte und Mythologie)*, tomo III (relativo á los celtas), 1846, con una riquísima, aunque poco selecta, bibliografía; por fin, la obra reciente de AD. HOLZMANN: *Celtas y germanos (Kelten und Germanen)*, 1845, en la que el

y en Europa galos, walones *(Gallier, Gälen, Wallonen, Welsche)*, á quienes representan hoy casi en su pureza primitiva (1), sin más que una ligerísima mezcla, los gaélicos (ghadelos) y kimries, deben haber venido á Europa y llegado hasta las Galias (2), ya en época muy remota: pues sin aten-

autor, contra el testimonio explícito de los escritores antiguos más autorizados, como César y Tácito, intenta demostrar la identidad de ambas estirpes, diferenciándolas á la vez de los kimríes y géelicos. En realidad, lo poco que puede aducirse en favor de esta opinion, se explica fácilmente por el mero parentesco de las razas.

(1) Puede verse tambien WITHLEY STOKES, *Glosas irlandesas, (Irish glosses)*, 1860.—(*N. T.*)

(2) La civilizacion *gala* despierta hoy entre nuestros vecinos grande interés; porque, si antes rechazaron que se les tuviera romanos, luego, bajo la impresion de la última guerra, repugnan porque se los mire como germanos y pretenden, al parecer, hallar en los galos su verdadero abolengo: á lo cual, los autoriza en algun modo ciertos rasgos semejantes de carácter en éstos y los actuales franceses, si, como dice CÉSAR en sus célebres comentarios, fuente principal para este estudio, eran los primeros amantes de la guerra y de la elocuencia *(rem militari et argute loqui)*, dispuestos siempre á entrar en pelea *(mobiliter celeriterque)*, dados á la novedad *(nobis rebus studere)*, ligeros para tomar resoluciones *(subita et repentina concilia)*, y además entusiastas por la libertad, hospitalarios y débiles en la adversidad. Su orígen, lo muestra su lengua, la cual revela que galos, bretones y gaélicos eran familias de una misma rama, y ésta del tronco indo-europeo, de que descienden indos, zendas, griegos, romanos, germanos y eslavos. Por último, es proverbial su amor al culto religioso, manchado con los sacrificios humanos, y á que daban satisfaccion el *druismo*, fundado en la unidad de Dios y en la inmortalidad del alma, y un *politeismo*, en el que se hallan, segun el ilustre LAFERRIÉRE, cuya obra (*a*) tenemos á la vista, los dioses del Olimpo griego y romano, sin que faltara el altar consagrado al *Dios desconocido*.

Los *galos* aparecen distribuidos en cantones *(civitates)*, cuya organizacion, igual, en cuanto todos tienen Asambleas públicas, una especie de Senado y un jefe electivo (pero ni dinastías propiamente dichas, ni nobleza feudal), era distinta en otros respectos, presentando así un carácter monárquico, aristocrático ó democrático. Dentro de

(*a*) La obra lata sobre la historia del derecho francés, cuyo tomo segundo está consagrado á la legislacion gala.

der al relato de Tito Livio (V, 34) acerca de su entrada en Ita-

cada canton habia los tres órdenes: los *druidas* ó sacerdotes, que no formaban casta; los *caballeros*, que constituian una nobleza hereditaria; y el *pueblo*, cuyos indivíduos no participaban, por lo general, en la vida política, y podian entrar en la clase de los druidas ó bajo el patronato de los nobles, adquiriendo la condicion de *ambacti* ó la más excelente de *devoti ó soldurii*. Encontramos una jurisdiccion ordinaria, que competia, ya á los druidas, ya á los grandes propietarios, cuando se trataba de cosas de poca importancia; otra extraordinaria, que correspondia al rey, jefe ó magistrado, nombrado por el Senado ó por el pueblo; y la suprema, que tocaba á la Asamblea de los druidas, la cual decidia á modo de tribunal de apelacion, y tenia en sus manos la temerosa sancion de la *interdiccion de los sacrificios*. Por último, los cantones juntos formaban como un Estado federativo, regido por una Asamblea, á que mandaban diputados todas las tríbus; á veces, éstas se ponian unas bajo el patronato de otras.

Viniendo ahora al *derecho privado*, encontramos, en cuanto al *derecho de personalidad*, la esclavitud derivada de la guerra, del nacimiento, del comercio y de la insolvencia; y la condicion de los hombres libres, que comprendia: á los druidas, sacerdotes que estaban encargados de la educacion de la juventud y ejercian una gran parte del poder político y judicial; á los caballeros, nobles hereditarios, cuya principal mision era la guerra, y que tomaban parte en las funciones senatoriales y en la administracion del país; y luego, los que formaban el pueblo, y que se hacian clientes de aquellos mediante el patronato, ya en el concepto de *ambacti*, servidores de los nobles, ya en el de *soldurii ó devoti*, que acompañaban en campaña al patrono, al cual no sobrevivian.—Correlativamente á la condicion de las personas, estaba organizada la *propiedad*. Así, hallamos las tierras *druídicas*, exentas de impuestos y favorecidas con toda clase de inmunidades; las tierras *nobles*, cultivadas por los colonos ó clientes del campo ó por los siervos; la tierra libre ó *alodial* del hombre libre, ó mejor de la familia; la *censataria*, de los *ambacti*; y la *servil*, de los siervos, si es que puede llamarse propiedad la de éstos. En cuanto á la sucesion hereditaria, muéstrase la preferencia, propia de todo pueblo primitivo, de la legítima sobre la testamentaría en las palabras de Symmaco: *gignantur haeredes et non scribuntur*; se afirma el principio de igualdad de particiones, y cuando se hace diferencia, es en favor del hijo más jóven; distínguense los bienes *propios* de los *adquiridos*, rigiendo, respecto de aquellos, en la sucesion de los colaterales, el principio *paterna paternis, materna maternis*, dividiéndose éstos entre las dos líneas, y sucediendo en cada una el

lia, pasando los Alpes de los celtas (Viturigos) en tiempo de Tarquino Prisco, ya 392 años antes de J. C. y bajo el mando de Breno, salen de las Galias (1) y se presentan á las puer-

pariente más próximo; todo lo cual revela que la propiedad era de la familia, y de aquí la necesidad del consentimiento del hijo para enajenarla y el retracto gentilicio. Por último, son de notar el dominio *á voluntad ó de convenio*, en virtud del cual el colono adquiere derecho sobre la superficie y los edificios que sobre ella construye, no pudiendo despedirlo el propietario sin indemnizarle préviamente por las mejoras hechas; la posesion, que conferia la propiedad, al año, si se hacian tres anuncios ó proclamas; á los diez, si sólo una; y á los quince, si no se habia hecho ninguna; y las sociedades de labradores, que cultivaban en comun bienes censales que no se distribuian por herencia.

En cuanto al *derecho de familia*, aun cuando César dice que el matrimonio sólo se disolvia por la muerte, es lo cierto que el marido podia repudiar á la mujer, aunque la reparacion debida á la de las primeras nupcias, muestra que éstas eran las más honradas: uno y otro podian pedir el divorcio en ciertos casos. La mujer gozaba de gran consideracion, y á su cuidado estaban los hijos hasta que entraban en la pubertad; la pátria potestad, de que se salia por matrimonio, era tan absoluta, como en todo pueblo primitivo, teniendo el padre, jefe de aquella sociedad, el derecho de vida y muerte; y que el parentesco era tenido en mucho, lo prueba el que se tomaba en cuenta hasta el grado décimo octavo. Ambos cónyuges llevan dote al matrimonio, no pudiendo enajenarla el marido, porque el patrimonio está afecto á la familia; de aquí que se sucedan marido y mujer recíprocamente, lo cual ha dado lugar á que por algunos se haya creido que los galos conocieron la *comunidad de bienes*, para lo que habria sido preciso que aquel derecho hubiese sido trasmible á sus respectivos herederos.

Por último, respecto del *derecho de obligaciones*, éstas tenian el carácter de vínculo personal, y así lógicamente concluyeron los galos en la esclavitud por insolvencia; y llaman la atencion las solemnidades y las garantías de que se rodeaba á los contratos, pues que en ellos intervenian el juramento, los fiadores y la prenda, alcanzando un valor mayor ó menor, segun el número y calidad de las mismas.

Por estas breves consideraciones, se ve el notable desarrollo que alcanzó esta legislacion, vigente en parte en alguna comarca de Francia todavia á mediados del siglo pasado.—(A.)

(1) Segun O. MÜLLER (*Etruscos*, p. 148), á causa del exceso de poblacion.

tas de Roma, llevándole la guerra, aliados á los etruscos (1). Las diversas razas celtas dominaron en otro tiempo parte del Norte y casi todo el centro de Europa; y la historia los señala extendidos aún por toda la Italia setentrional, las Galias, la Alemania, al Oeste del Rhin y al Sur del Mein, y las regiones alpinas que se extienden desde Austria hasta la Tracia. Al entrar en las Galias, rechazaron hasta España á los iberos, raza que no sólo ocupaba este país, sino tambien, con el nombre de aquitanios, la Galia meridional, las Baleares, Córcega, Cerdeña y Sicilia. De su mezcla con aquellos, proceden los celtíberos (2). Los celtas, cuya lengua ofrece aún mucha afinidad con la latina (3), estuvieron tambien desde un principio en contacto con las poblaciones italianas, con cuyo carácter muestra además gran semejanza el suyo.

Este se expresa en el temperamento sanguíneo y muy impresionable de dicha raza, en el predominio que en ella tiene el elemento subjetivo, en la predileccion que muestra por lo

(1) Despues de la invasion de los galos, 400 años antes de Jesucristo, subsistieron en Italia, entre los Alpes y los Apeninos, varias pequeñas poblaciones celtas bajo los nombres de *Senones*, *Boyos*, *Insubros*, *Lingones*, *Cenomanos* y *Salasios*. Por el mismo tiempo, habitaban los *Helvecios* del lado acá de los Alpes y fuera de las Galias, en la mayor parte de la Suiza actual; los *Recios*, que vivian en los montes, al Oriente de los helvecios; los *Vindelicos* entre el Lech, el Danubio y el Inn; los *Nóricos* en la Carniola, Carnitica y Salzburgo actuales; los *Boyos* en derredor del Balaton y durante algun tiempo en Bohemia (Bojerheim); los *Carnios*, Karner, al Sur de los nóricos, hasta Trieste; y por fin, más al Oriente, los *Estordiscos* cerca del Danubio, Save y Drina.

(2) V. t. I, p. 259, nota (1) y además pueden consultarse: SARALEGUI, *Estudios sobre la época céltica de Galicia*; VILLA-AMIL, *Antigüedades prehistóricas y célticas de Galicia*; TUBINO *Monumentos megalíticos de Andalucía, Estremadura y Portugal*, Museo español de Antigüedades, t. VII.—(*N. T.*)

(3) GRIMM, *Hist. de la lengua alem. (Gesch. d. d. Spr.)*, p. 1027.

individual, y en la tendencia que ofrece su espíritu á concebir lo particular, no como parte orgánica de un todo, sino en pura abstraccion exterior (1). Sin la profunda intuicion que tienen los germanos de un órden y regularidad inherentes á las cosas y sus mútuas relaciones, sin el buen sentido comun y dócil sujecion al poder que muestran los eslavos, son los celtas de espíritu móvil y ligero, animosos, arrojados cuando combaten, pero faltos de perseverancia, amigos de la novedad y propensos á formar banderías aun entre ellos mismos (2): de suerte que, en sus diversas tendencias y fines parciales, se revela siempre el predominio del indivíduo, del sujeto, que les es característico. Pero, unida tambien á esta movilidad subjetiva, se muestra como en pueblos semejantes (los latinos, por ejemplo; (3), una gran necesidad de poder exterior que los gobierne, lo cual explica ciertamente el grandísimo que alcanzó entre los celtas la clase sacerdotal (4). De aquí, que, por otra parte, cediesen con tanta mayor facilidad ante la disciplina y poder de los ro-

(1) Sobre la índole de la lengua celta, conforme con el carácter de esta raza, dice Leo, II, p. 13: "El estar inspirada y penetrada de sentimientos individuales, subjetivos: tal es lo esencial característico de la lengua celta; mientras que la alemana, por la grave minuciosidad de sus consonantes firmes, se mueve en un pequeño círculo de posibilidades, las más veces dentro sólo de afirmaciones concretas sobre el pasado y el presente; y del porvenir, cuando habla, lo hace como de una cosa completamente determinada."

(2) Caesar, *de bel. gal.* VI, 11. *In Gallia non solum in omnibus civitatibus atque pagis partibusque sed paene etiam in singulis domibus factiones sunt.*

(3) V. pág. 46.

(4) Acerca del poder de los druídas, que llegaba hasta imponer leyes y castigar su infraccion, V. Caesar, *o. c.* VI, 13, 14. Habia entre ellos bardos tambien, esto es, cantores (semejantes á los *richis* en los antiguos indos). Por lo demás, el druidismo, como estado sacerdotal investido de semejante autoridad, es un fenómeno tan *anormal* en las Galias, comparativamente con otros pueblos indo-europeos, que

manos; y que sólo despues de mezclarse con elementos germánicos y bajo un régimen como el de éstos, llegasen á constituir un Estado, en el cual, y merced á una centralizacion cada vez mayor, hicieron predominar de nuevo en el curso de los siglos, como continuadores de la tradicion latina, las ideas de gobierno abstractas y mecánicas de los romanos: tendencia que sólo puede ser corregida hasta reducirse á sus justos límites, haciendo revivir las antiguas aspiraciones y sentido peculiar de las razas germánicas.

Los *germanos* (nombre (1), cuyo orígen no se conoce cla-

---

sólo tiene explicacion en un profundo rebajamiento de este pueblo; ó quizás deba admitirse que importado, segun César indica, de las islas británicas, donde ya mucho antes se habia hecho sentir el influjo de elementos fenicios, surgiese entonces de la mezcla entre éstos y los propios y nativos de los galos.

(1) Sobre las dos derivaciones etimológicas principales de este nombre, la antigua, que lo hace proceder de *Ger=Wehr* (defensa), *Spiesz* (asta, daga), y la propuesta luego por Leo, y aceptada por J. Grimm y otros, que lo refiere á la voz céltica *gairm* (grito), y segun la cual los celtas habrian dado nombre á una estirpe alemana, como βοην αγαϑος en Homero, extendiéndose luego éste á todo el pueblo (opinion, que contradice fundadamente Holzmann *o. c.* 40-50), véanse los trabajos citados ya, de Phillips, p. 54. Algunos creen que *germanus* es una traduccion al latin de *teodisk*, que quiere decir compatriota, conterráneo. Por mi parte, no puedo sustraerme á la presuncion de que dicho nombre es más primitivo, y se enlaza con el sanscrito *Karman*, que, compuesto de *Kr*, formar, hacer, y *arjaman*, ó, suprimiendo la sílaba *ja*, *Harman (ar=Heerd*,--hogar--y *man*=hombre), compañeros de hogar, significa los que forman una sociedad, los compañeros, en suma. La palabra sanscrita *arjaman* subsiste aún, con elision de la sílaba dicha, en *êrmen*, *irmin*, *eormen*, *yrmen* y en los nombres *Herman*, *Erman*, etc. A este modo de ver me ha llevado el artículo de M. Haug *Sobre los nombres primitivos de los llamados indo-germanos y el dios de su raza (Ueber den ältesten Namen der s. g. indo-germanen und ihren Stammesgott)* en la *Revista general mensual de ciencia y arte (Allgemeine Monatschrift für W. und K.)*, 1854, p. 788. Tambien Savigny, *Historia del Derecho romano en la Edad Media (Gesch. des r. R. im M.* (1.ª ed., p. 193), declara, como ya Möser lo habia hecho, la sospecha de que puede haber conexion entre el nom-

ramente todavia), ó *Deutsche* (de *Thiuda,* el pueblo), como se llamaron ellos mismos, penetraron en Europa (1), empleando muchos siglos en esta inmigracion, en dos direcciones, segun parece, á saber: la del Noroeste, á lo largo del Vístula, hácia las costas del Báltico y, pasadas éstas, hasta la Escandinavia, y la de Poniente, siguiendo el curso del Danubio hácia los Alpes y el Rhin; sin que sea verosímil su emigracion ulterior, admitida por muchos, desde el Norte escandinavo hasta la Alemania actual. El nombre de *germanos*, que sólo aparece usado como denominacion general en el siglo IX despues de J. C., reemplazó probablemente al de asos ó ascos (2), que mucho antes y por motivos superiores llevaban, y al cual aluden, así las primitivas tradiciones de

---

bre de germanos y el de arimanos (el antiguo *arjaman*, sin duda), que significa los hombres del pueblo libres (llamados tambien, en los documentos longobardos, herimanos y aun germanos). Cree todavia que podria irse más lejos y tener por equivalentes los tres nombres de alemanes, arimanos y germanos, que diferirian luego sólo por razon mecánica de la lengua, pues que frecuentemente se cambian la *l* y la *r* una por otra.

(1) Para el estudio de la antigua lengua germánica, V. J. Grim, *Gramát. alem. (Deutsche Grammatik,* 4 vol.; Schleicher, *La lengua alemana (Die deutsche Sprache),* 1860.—(*N. T.*)

(2) El nombre *asos* ó *ansos* debe enlazarse á las voces sanscritas *as*, irradiar; *ança*, rayo de luz, siendo los asos por tanto, en lo tocante á su filiacion genética, los rayos luminosos de la divinidad (como los *asvini* de la mitología india). Ulteriormente, sólo los héroes y nobles fueron llamados aún *ans (Hans)*. Por otra parte, el nombre de los godos *(Gothen, Gauten, Geata's, Gautar)*, tan afin á los de bueno *(Gut)* y Dios *(Gott)*, expresa claramente esta procedencia ó relacion divina. Dicho nombre de asos ó ascos se presenta de muchos modos en la historia. Ya Homero, *Iliada*, II, 862, conoce en el Asia menor una region ascania, de donde el héroe Ascanio llevó frigios (arios). De este proceden los sajones (Grimm, *Historia de la lengua alemana (G. d. d. Spr.)*, p. 862, á cuya historia se enlaza tambien la tradicion de Troya, que figura por otra parte entre los itálicos y galos á propósito de su orígen. Tolemeo habla á su vez de un pueblo situado en el curso del Don, á que dá el nombre de *aséos*, y Estrabon

los germanos del Norte, establecidos mucho antes de la era cristiana en la Escandinavia actual, como tambien las de los godos y sajones.

Nada cierto puede decirse, en el estado presente de las investigaciones históricas, tocante al parentesco de los germanos con otros pueblos importantes en este respecto, como son los tracios (1); pasa lo propio y en mayor escala respecto de su filiacion con los escitas (mezclados probablemente con elementos mongólicos), y muy especialmente en lo relativo á la identidad de raza de los godos y getas, sostenida de nuevo firmemente por J. Grimm (2), y que, de ser cierta, haria

---

cita en el mismo sitio los ἀσβουργιανοι, esto es, los asburgueses. TÁCITO habla de una ciudad alemana *Asciburgium* (Asenburgo), cerca del Rhin, y TOLEMEO llama á la gran cordillera de montañas que ocupa el centro de Alemania ὀρος ασκιβουργιον. El nombre Asburgo, lo lleva tambien un antiguo castillo destruido en la Alemania del Norte (en Wolfenbüttel).

(1) GRIMM, *Historia de la lengua al.* p. 821, dice: "Mucho ofrecen de comun los usos y costumbres de los tracios y germanos, lo que permite afirmar el enlace de estos pueblos."

(2) Esta opinion de GRIMM ha sido contradicha, sin embargo, rotundamente por notables historiadores, especialmente por SYBEL WAITZ (*Historia de la Constitucion alemana* (*Deutsche Verfassungsgeschichte*, t. II), GERVINUS (*Hist. de la literat. alem.* (*Gesch. d. d. Lit.* p. 23). Aun cuando luego ha tratado de mantenerla sobre fundamentos más ámplios en su *Historia de la lengua alemana* p. 176, ha prescindido con todo de dificultades y objeciones de importancia. Lo que hubiera sido capitalmente decisivo, á saber, el lenguaje, falta; pues no queda monumento alguno del idioma gético. Pero si, de acuerdo tambien con los escritores romanos de los dos primeros siglos, y la mayoría de los modernos, se sigue distinguiendo á los getas de los godos, mirándolos como una rama de la estirpe tracia, claro está que se reconoce subsistente entre ellos el parentesco originado por ser los tracios, indisputablemente, un miembro del organismo étnico de las poblaciones árias. De todas suertes, es un gran mérito de GRIMM el haberse propuesto, una vez establecidos por la Filología comparada la primitiva unidad y el punto de divergencia de los pueblos indo-europeos, indagar luego las metamórfosis sufridas por las

retroceder muchos siglos el comienzo de la historia de Alemania.

Del carácter de la raza germánica trataremos más determinadamente, cuando empecemos la exposicion de la historia del derecho aleman.

A su ingreso en Europa, tropezaron los germanos con los celtas; penetraron á modo de cuña en sus territorios, fueron rechazándolos gradualmente é hicieron esclavos sin duda alguna á los millares de celtas rezagados y vencidos, surgiendo tambien aquí la esclavitud de la guerra de una raza con otra.

Finalmente, á la llegada de los eslavos (1), salieron de Eu-

diversas estirpes, especialmente las germánicas, y aun reconstruir, hasta donde es posible, el enlace histórico de su desarrollo.—No han faltado, por otra parte, historiadores que acepten su opinion, ya expuesta; la admite, sobre todo, LEO, *Hist. univ. (Universalgeschichte)*, t. I I-VI, quien supone además el parentesco de getas y masagetas, y encuentra explicado el paso de los primeros desde las regiones del Indo hácia las del Danubio, venciendo el Paropamiso á lo largo del Ox por las tierras al Norte del mar Caspio y del mar Negro. Ya PYTHEAS de Massilia, que recorrió 400 años antes de J. C. las costas del Norte de Alemania, halló en el Báltico á los guthones (PLIN. *Hist. nat.*, 37, c. 11). Una indicacion de GRIMM, *H. de la l. al.* p. 226, relativa á la antigua inscripcion cuneiforme persa, descifrada por RAWLINSON (*a*), en la cual Dario, hijo de Histaspes, menciona entre los reinos nuevamente sometidos, el de Saka, cerca siempre de Thatagusch, que es el país de los sattagudos (HERODOTO, 3, 91), se completa ahora sabiéndose, merced al desciframiento plenamente satisfactorio que ha hecho ROUGÉ del papiro egipcio hierático, llamado *Grand papyrus Sallier*, que se contiene en éste la narracion poética de la expedicion de Ramsés el Grande (19.ª dinastía, hácia 1400 años antes de J. C.) contra los getas en Mesopotamia, que formaban una confederacion poderosa. (V. *Rev. des deux mondes*, 1 Set. 1855, p. 1068 y 1076.)

(1) La voz *slava* significa excelso, lleno de gloria, y así se ve que esta raza viene á llamarse de analogo modo que los asos y los ários, sobre todo. Tambien se denomina especialmente vendos á los eslavos,

(*a*) La de *Bisutun* ó *Behistun*, al N. de Karmanshak, en el camino desde Bagdad á Hamadan.—*(N. T.)*

ropa, empujadas por ellos, las razas germánicas; pero ulteriormente, desde Carlomagno sobre todo, fueron éstos rechazados ó germanizados á su vez (1). Pocos siglos despues de Jesucristo, aparecen ya los eslavos divididos en dos troncos, como lo están hoy, atendido el lenguaje. Llamábanse entonces, respectivamente, eslavinos y amtes. Hoy se les llama, mirando al territorio y pueblos principales, á los primeros, *bohemio-polacos*, ó tronco del Noroeste, que comprende los moravos, eslowacos, checos, lecos ó polacos y los wendos en estricto sentido (los del Elba medio y del Saal); y á los segundos, *ruso-servios* ó *ruso-ilíricos*, ó tronco del Sudoeste, á que pertenecen los rusos (así de la grande como de la pequeña Rusia), los rusos rojos (rusmacos ó rutenios), los búlgaros y los eslavos ilíricos, en todas sus diversas especies (2).

Entre germanos y eslavos, establecen la lengua y el carácter mayor afinidad que entre aquellos y los celtas (3); si bien el carácter eslavo difiere del germano, ya por el predominio del sentimiento, que se alimenta con una fantasía más

---

atribuyendo LEO (t. II, p. 266), significado aleman á tal denominacion, que SHAFARIK, por el contrario (*Antigüedades eslavas—Slav. Alterthümer*, I, 43) estima ser el nombre propio más primitivo de los eslavos.

(1) Véanse sobre el orígen é historia de los pueblos eslavos, los resúmenes de la enseñanza dada sobre este asunto por el Sr. LEONARD en la *Institucion libre de enseñanza*, publicados en el *Boletin* de la misma, números 24 y siguientes. Y para su derecho, véanse los *Estudios históricos sobre la legislacion rusa antigua y moderna*, por SPYRIDION ZÉZAS—(fr.) Paris, 1862.—(A.)

(2) V. MIKLOSICH, *Gram. comparada de las lenguas eslavas (Vergleichense Gramm. der slavischen Spracher)*, 1857; SCHLEICHER, *Manual de la lengua lituania (Handbuch der lithuanischen Sprache)*, 1856; LEHR, *Elsments de droit civil russe (Russie, Pologne, Provinces Baltiques)*, Paris, 1877.—(*N. T.*)

(3) De aquí el que las lenguas eslavas, segun nota LEO, *Hist. univ. (Univ. Gesch.)*, t. II, p. 266, sean, como las celtas, más apropiadas para la movilidad subjetiva de la palabra que las alemanas.

viva, ya por un mayor espíritu público, que se expresa en el régimen ordenado de toda la vida social. La familia, primera sociedad natural, parece seguir siendo entre ellos, más que entre los germanos, el prototipo de la comunidad nacional, así como tambien su concepcion religiosa se muestra más enlazada con la vida de la Naturaleza, el crecimiento orgánico, á lo que alude la diosa Schiwa, esto es, la vida. En oposicion á las ideas de autonomía y libertad, características de los germanos, predomina en su sentido el elemento de la imposicion autoritaria y de la sumision, llegando á concebir los poderes que rigen el mundo en la forma de una divinidad, Riedkost (Radigost, Radegast), y aun creando, para objetivar las ideas de órden y armonía, una diosa especial, Lada (1).

La antigua religion de los eslavos parece derivarse, más ostensiblemente aún que la de los celtas, de la misma fuente que la primitiva de los alemanes, si bien con arreglo al carácter de cada raza ha ido formándose luego con diversa tendencia que la de éstos (2).

---

(1) Sobre Radegast y Lada, y su derivacion etimológica más exacta que la que GRIMM establece en su *Mitología (Mythologie*, XXVII), véase á LEO, *o. c.* II, 265.

(2) LEO, *o. c.* GRIMM, *Mitología*, 2.ª ed., 1844, XXVII.

TÍTULO PRIMERO.

RESEÑA DE LA HISTORIA DEL PUEBLO Y DERECHO ALEMANES.

PRIMERA DIVISION.

ESTADO GENERAL Y JURÍDICO DE LOS ALEMANES EN SUS PRIMEROS TIEMPOS.

§. 1.—La pátria y las razas alemanas. (1).

Los pueblos alemanes, de quienes Tácito nos dá noticia á fines del siglo primero, habitaban la region situada al Oriente del Vístula y los Cárpatos, al Sur del Danubio, al Oeste del Rhin y del Escalda, hasta el mar del Norte, y era tan antigua la fecha de su establecimiento en estos paises, que no quedaba ya memoria de su llegada, y sólo tradiciones aisladas aluden en algunas de sus tríbus á este suceso.

Las tres razas principales, que ya Tácito distingue (2), los *isterones ó iscerones*, los *inguerones* y los *hermiones* (3), proceden, segun la tradicion alemana, de los tres hijos de

(1) Véase sobre esto la obra fundamental de GASPAR ZEUSS, *Los alemanes y sus razas afines (Die Deutschen und die Nachbarstämme)*, Munich, 1837.

(2) Muchos, como SACHSSE y WAITZ, admiten cuatro razas. WAITZ, *o. c.*, I, XVII, considera á los godos como formando la cuarta, que por el contrario estima constituida por los vándalos WAITZ, para el cual el número 4 es un principio capital de la division del nombre y de la pátria de los germanos.

(3) M. E. LÉOTARD, en su *Ensayo sobre las modificaciones de los bárbaros establecidos en el imperio romano en el siglo IV* (fr.), cap. 1.º, distingue cuatro grandes confederaciones germánicas: la de los *alemanes*, la de los *francos*, la de los *godos* y la de los *sajones*.—(A.)

Mannus, que lo era á su vez del dios Tuisko (1). Esta tradicion de Tuisko y Mannus, más que al orígen de los alemanes, parece referirse principalmente al de la humanidad: pues la leyenda alemana comienza sólo con los tres hijos de Mannus, subsistiendo luego esta triple division de razas por toda la historia de este pueblo hasta nuestros dias, bajo otros nombres y modificada de diverso modo.

Antes de la emigracion, los isterones, cuya vida era ya más ordenada, habitaban, segun refiere Plinio, la region comprendida desde el curso medio del Rhin, por ambas orillas, hasta los Paises Bajos; pero fueron empujados luego por otros pueblos germanos hácia las Galias, que sometieron en parte á su dominacion. Los inguerones residian en las costas del mar del Norte; entre ellos se contaban, segun Plinio, los habitantes de la Península cimbria y pueblos inmediatos, á saber: los cimbrios (2), teutones y chaucos, como tambien por la parte del Sur en el Elba los angeln y hácia el Oeste los frisones. Respecto de la venida á Alemania de los isterones ó iscerones, nada puede decirse, siendo, como es, completamente anterior á la época históri-

(1) Las opiniones difieren mucho respecto del nombre Tuisko ó Tuisto: ZEUSS, p. 37; WACKERNAGEL, en la *Revista de arqueología (Zeitschrift f. d. Alterthum)*, t. VI, p. 15. LEO, *Lecciones sobre la historia del pueblo aleman (Vorlesungen über die Geschichte d. d. Volkes)*, p. 201, refiere este nombre al del padre del Manú indo, *Tuaschtri* ó Vivasvat, que es la fuerza creadora del sol. Véase lo dicho en la p. 267, t. I. Manú, hijo de Tuaschtri, es segun esto el hombre, como hijo del sol. Mannus es sin duda alguna el Manú indo, nombre que reaparece tambien en otros pueblos, en los de Manes, Menes y Minos.

(2) Acerca de la etimología (muy problemática) de este nombre, segun GRIMM, que lo deriva de *cempere*, en aleman primitivo *chemphari*, esto es, bandidos valerosos, véase su *H. de la Leng. al. (G. d. d. Spr.)*, p. 637. Si los cimbrios se enlazan con los antiguos kimríes del mar Negro (Crimea), es cuestion sin resolver aun. GFRÖRER, en su *Historia primitiva del género humano (Urgeschichte d. m. Geschlechts)*, 1855, p. 29, mantiene de nuevo la realidad de este parentesco.

ca. Más numerosos que ellos eran los hermiones, á que pertenecian especialmente los suevos; los hermunduros ó turingios; los lombardos, establecidos en el Elba inferior, y sus vecinos los semnones; los marcomanos, que sujetaron á los boyos en Bohemia; finalmente, los quados de Moravia y parte de los húngaros. Tambien se presume generalmente que formaban parte de esta raza los godos (referidos, no obstante, por algunos (1) á los isterones), en sus dos ramas de greuthungos ú ostrogodos y terwnigos ó visigodos; los vándalos, establecidos en las fuentes del Elba; los ligios, en el Oder superior; los burgundiones, entre este rio y el Vístula (y que estrechados vivamente por los godos hácia los años 250, se esparcieron por el Rhin); los rugios, los hérulos en Pomerania, los esciros en el Vístula y los gépidos en Polonia y Hungría.

En el siglo tercero, empieza á usarse el nombre de *alemanes* (2) para designar muchos pueblos hermiónico-suevos que, pasando el Rhin, penetraron repetidas veces, durante la segunda mitad de dicho siglo, en las Galias, Helvecia y aun Italia. De igual modo reciben en esta época la denominacion de francos (3) (que llevaron primitivamente los sicambros en Panonia, en las inmediaciones de la actual Buda) muchas razas, iscevónicas sobre todo, establecidas en el Rhin bajo y medio, que se distinguen luego en francos salios (4) y ri-

(1) Por ejemplo, ZEUSS.

(2) Véase, sobre la procedencia de este nombre, GRIMM, *Historia d. l. lengua al.*, p. 498; segun él, significa los hombres completos, fuertes, de *ala* (totalmente) y *man* (hombre). Puede verse tambien la opinion de SAVIGNY, p. 381.

(3) Respecto del orígen diverso atribuido á este nombre, pueden consultarse los escritores mencionados por PHILLIPS, *o. c.*, p. 84.

(4) El nombre, que aparece usado por vez primera por Ammiano Marcelino († 390), procede segun la opinion general del que llevaba el rio Issel, llamado antes *Isala*, en cuyas riberas tuvo su morada largo tiempo una gran parte de esta raza; REIN, sin embargo, *Los*

puarios, situados, los primeros, en las tierras comprendidas desde la isla de los Bátavos hasta el Escalda; y en posesion, los segundos, desde principios del siglo V, de la orilla izquierda del Rhin, de Andernach hasta más allá de Colonia. Finalmente, bajo la designacion de sajones (que emplea Tolemeo por vez primera á mediados del siglo II), se comprenden entonces muchas estirpes lugerónicas, que, con los anglios, conquistaron la Bretaña y estuvieron desde el siglo VI en lucha casi contínua con los francos, hasta que fueron vencidos por Carlomagno, en 803, época desde la cual toda la region setentrional de Alemania es designada frecuentemente con el nombre de Sajonia.

La distincion de las tríbus alemanas que acabamos de exponer, subsiste hasta en nuestros dias; habiendo hecho imposible, por lo tanto, toda unidad centralizadora, y promovido al contrario, merced á su gran variedad interna de elementos, un desarrollo y cultura múltiples en el organismo entero del pueblo aleman.

§. 2.—Carácter y religion de los antiguos alemanes.

1.—Ofrece el carácter nacional de los alemanes altas cualidades, pero mezcladas tambien con algunos defectos. Dos tendencias, ante todo, se presentan unidas en él, que sólo divorciadas se muestran con frecuencia en otros pueblos, en los cuales, si se unen, lo hacen con vínculo meramente exte-

---

nombres salios, etc. (*Die Namen Salier u. s. w.*), 1847, ve más fundadamente en los francos-salios, francos con *Salgütern*, esto es, poseedores de grandes propiedades libres, de las cuales procede, segun él, dicho nombre. De análogo modo opinó ya ZÖPFL, *o. c.*, p. 30. *Sal* quiere decir casa, y casa señorial sobre todo; y *salicus*, en el sentido más elevado, *nobilis*; V. GRIMM, *Hist. d. l. leng. al.* p. 30. Segun esta hipótesis, el rio habria recibido su nombre de los francos-salios, y no éstos de él.

rior. Son estas un sentido profundo de la existencia de un *órden* divino sobre el arbitrio humano, y una conciencia á la vez de la *sustantividad*, independencia y libertad propias, que repugna someterse á aquel como á un poder externo y fatal, y se juzga por el contrario llamada á representarlo y realizarlo. Por esto llevan con propiedad los asos, los godos, el nombre de Dios (1) con quien intiman por su orígen. De aquí tambien el que se muestre, así en el órden social, como do quiera, en el órden universal divino de las cosas, la propia iniciativa, la libertad, como núcleo interno de la vida. En lo cual tiene su fundamento el *honor*, concebido por este pueblo con elevacion y plenitud mayores que por ningun otro. Al modo como la palabra alude al esplendor (2), así tambien responde el concepto que en ella se declara al reflejo de la libertad en un organismo social, á la expresion con que se hace ver y exterioriza lo supremo y divino que existe en todo elemento libre y sustantivo. Pero no por esto se concibe el elemento de la *comunidad* con ménos profundidad y amplitud que el de la libertad personal. La comunidad se funda en un vínculo superior y divino, y no se reduce á mera coexistencia de unos con otros, sino que exige tambien auxilio mútuo, cooperacion recíproca en las diversas especies y grados del cuerpo social. Dicho vínculo une persona con persona, y el respetarlo ó mantenerlo con propia iniciativa libre, engendra la *fidelidad*, principio ético que, así se expresa en deberes particulares encontrados, como en la completa abnegacion personal; fundándose en él especial-

---

(1) Godo, en aleman *Goth*; Dios, *Gott*.—(*N. T.*)

(2) La voz *Ehre* (honor) coincide con la inglesa *iron*, hierro; V. PHILLIPS, *o. c.*, §. 34; pero una y otra se enlazan con la raíz sanscrita *ar*, arder—incandescer—brillar, que reaparece luego en muchísimas de las lenguas árias (*ardere*, *ara* en la latina), en *arjaman*, V. p. 212.

mente la índole propia de la vida ulterior de los germanos, que se caracteriza y distingue, ante todo, por el rasgo capital de la fidelidad, de todas las otras tendencias peculiares á los otros pueblos, chinos, persas, celtas, etc. Pero, así como el germano expresa su tendencia individual en la confianza que posee en sí propio, y que le hace creerse, segun Tácito advierte, seguro contra los hombres y los dioses; así como revela tambien su personalidad autárquica en la conciencia que tiene de sí mismo y en la libre iniciativa de su conducta, así tambien, en la esfera práctica, repugna que desaparezca su persona bajo el peso de la comunidad en que vive, y quiere por el contrario asegurarse en ésta un lugar y una funcion completamente propios. En el espíritu y sentimientos de esta raza se ofrecen, pues, unidos íntimamente el alto principio *objetivo* del órden y de la comunidad en todas las esferas de la vida, religion, Derecho, sociedad, y el principio *subjetivo* de la personalidad, de la conciencia de sí mismo, de la libertad ó determinacion mediante propia iniciativa. El sentimiento personal le dá tambien el valor sostenido, que degenera frecuentemente en arrogancia, en terquedad, en capricho y tendencia á singularizarse. Y, al modo como el antiguo aleman buscaba en la embriaguez la exaltacion de ese sentimiento personal, perdiendo con ello moralmente su libertad y autonomía, así el de nuestra época arriesga en el juego su persona, libertad y fortuna. Como quiera que sea, revela siempre el carácter aleman, tendencias y virtudes que han preservado hasta aquí á este pueblo de esos engendros deformes que constituyen la libertad desenfrenada y el despotismo: tendencias, pues, y que deben ser conservadas y robustecidas, merced á una cultura moral adecuada (1).

(1) MAX. WIRTH, en su obra sobre los germanos, en la que se deja ver quizás más de una vez la parcial inspiracion del patriotismo aleman, rechaza, y con razon, el título de salvajes que algunos han dado

2.—La religion (1) de los antiguos alemanes, cuya grande afinidad con las concepciones de los demás pueblos ários (griegos, romanos, celtas y eslavos) se deja ver con toda claridad (2), y que se enlaza además íntimamente con las creencias de los indos primitivos (3), ha tomado formas diversas, segun el carácter y modo peculiar de obrar las fuerzas psíquicas, la imaginacion especialmente, llegando á experimentar desviaciones señaladas de su primitivo tipo; del cual sólo nos quedan fragmentos y resíduos, que no se prestan á una fácil reconstruccion de su sistema total originario. Pero, siendo probable que la primitiva dispersion de

---

á aquellos. Aun prescindiendo de si la frase de Tácito: *litterarum secreta viri pariter ac feminae ignorant*, quiere decir que desconocian la literatura, pero no la escritura, y aun cuando la poesía, la pintura, la arquitectura, el canto, la música y la medicina no hubiesen alcanzado el desarrollo que aquel escritor les atribuye, siempre quedan su carácter sincero, leal y hospitalario, su valor indomable y su amor á la mujer, mostrado en la monogamia, que llevaban hasta la prohibicion de las segundas nupcias segun algunos, y en la severidad con que castigaban el adulterio, y todas las virtudes de que dieron pruebas en sus célebres luchas con los romanos. Tenian, es verdad, vicios y defectos, como la escesiva aficion á la bebida, la pasion por el juego, el espíritu pendenciero y otros que nacian de su fiereza é ignorancia; pero de ambas cosas se desprende que merecen la denominacion de *bárbaros*, mas no la de *salvajes*.—(A.)

(1) La obra clásica es la *Mitología alemana (Deutsche Mythologie)* de GRIMM, 2.ª ed., 1844. Comp. tambien á W. MÜLLER, *Historia de la religion primitiva de los alemanes (Gesch. d. altdeutsche Relig.)*, 1844, y SIMROCK, *Manual de Mitología alemana (Handbuch der d. Mythologie)*, 1853.

(2) Segun algunos escritores, la primitiva religion germana, de orígen ário, era un panteismo naturalista, cuyo principio era el *abismo*, dentro del cual se dan la region del Norte ó del hielo y la del Sur ó del fuego; y más tarde se determina un dualismo entre los Gigantes (la materia) y los Ases (el espíritu).—(A.)

(3) Estas relaciones, que todavia no se conocen mucho, ha empezado á investigarlas más determinadamente LEO en su *Historia del pueblo aleman (Geschichte des deutschen Volkes)*, 1854.

las razas árias ocurriese antes de formarse como cultos distintos en la India, los de Brahma, Wischnú y Siva y el Budhismo, lo es tambien el que no se deriva inmediatamente de ninguno de éstos la concepcion religiosa de los germanos (1).

En ésta, la idea monoteista de un Sér Supremo que todo lo abraza, penetra y ordena, constituye tambien la base más profunda, aunque á veces parezca oscurecida de muchos modos. Este Sér produce el órden del mundo por la medida interna que establece en él, siendo por ello su regulador. En esta idea de medida (*miötudr*, en el antiguo bajo-aleman, *mëtod*, en el sajon, que significan proporcion y unidad en todo), aparece ya el concepto, tan importante luego en la vida germánica, de la organizacion, como division y limitacion interior orgánica. Esta medida se halla dada interna y eternamente en Dios y el mundo, y constituye, por lo tanto, el destino (*örlog*, *orlag*). Pero, en el mundo físico y moral, se revelan las propiedades divinas como otros tantos poderes especiales, concebidos politeista-

(1) En su *Historia universal* (*Universalgeschichte*), II, p. 30, intenta LEO, sin embargo, mostrar extensamente el parentesco del culto de Wodan con el de Siva, aun cuando muchas representaciones comunes, que se concretaron luego separadamente en la India en el culto de Siva, pueden encontrarse independientemente de aquellas, repetidas en las concepciones de Wodan. Mucho hay en éstas que recuerda á Wischnú, y sorprende tanto la conexion entre Wodan y Budha, como ya nota GRIMM (*Hist. d. l. leng. alem.*, p. 826), que ha podido, no sin fundamento, tomarse á éste por aquel (siendo notable que el dia de Woda, *Wodanstag*, *dies Mercurii*, equivalga al sanscrito *Budhuvaras*), con lo cual entran en juego tambien los Βουδῖνοι escitas de Herodoto y los Βωδηνοι de Tolemeo. Tambien el antiguo nombre *Gautí*, que segun el Edda (Grimmismal), llevaba primitivamente Odino, podria ser referido al sobrenombre *Gautama*, de Budha, que significa el iluminado, el perspicaz, el sábio, el bueno; pero no cabe pensar en este caso, atendido el cómputo de los tiempos, en el Budha, fundador de su religion, al cual han debido preceder ya otros seis Budhas ó iluminados de Dios. (V. p. 274, t. I.).

mente como personificaciones de Dios. Estos poderes divinos son para ella rayos (*as, ans;* asos, ansos). Su jerarquía y número no podemos conocerlos fijamente, pues reina gran diversidad sobre ellos en las tradiciones de este mito, sin duda por haber éstas nacido en tiempos y razas ya diferentes. Como divinidades superiores ó ansos, aparecen aquellas, á que han quedado consagrados cuatro dias de la semana (1), á saber: *Ziu* (2) (ó Tiu), *Wodan* (Wuotan, Othin, Odino), *Donar* (Torr) y la diosa *Frikka*. En la mitología del Norte, tiene á la verdad Wodan (3) (Odino) una significacion preeminente; pero en Ziu se expresa sólo, sin embargo, la idea más antigua del cielo. Al lado de Wodan, figura casi siempre, como su esposa, la diosa llamada *Frikka* (Frigg, en el bajo aleman antiguo), Holda, (mujer, Holle) y tambien Pertha (la que brilla), concepcion femenina del espíritu divino, que impera sobre las cosas sagradas y los deseos de las mujeres, jefe de las ansas, como lo de los ansos, lo es Wodan.

Entre éstos, aparecen los *Wanos*, que son tan sólo una rama, elevada (posteriormente quizás) á la veneracion y el culto como dioses, y de quienes procede *Locki* (4), destinado

(1) Estos dias de la semana son el *Dinstag* (martes), dedicado á Ziu ó Tiu, el *Mittwoch* ó *Wodanstag* (miércoles) (al que corresponde el *wednesday* en inglés), el *Donnerstag* (jueves), consagrado á Donar, y el *Freitag* (viernes), dedicado á Frikka.

(2) GRIMM, *Hist. de l. leng. alemana,* expone las trinidades que constituyen los dioses principales de los pueblos indo-europeos, en el órden siguiente, en que se corresponden, segun él: en el alto aleman antiguo, Zio, Wuodan y Donar; en el bajo aleman antiguo, Tyr, Odinn y Thorr; en latin, Mars, Mercurius y Jupiter; en griego, Αρης, Ἑρμης y Ζευς; en lengua celta, Hesus, Teutates, Taranis; en eslava, Svjatovit, Radigast y Perun; en india, Siva, Brahma y Vischnú.

(3) Wuotan procede del sustantivo *Wuot*, que significa primitivamente movimiento del espíritu, y tambien deseo, furia; V. GRIMM, *o. c.*

(4) Sobre *Locki*, véase el artículo extenso de WEINHOLD, en la *Revista de Arqueologia (Zeits. für d. Alt.)* de HAUPT, t. VII, p. 1-94,

á promover la caida de todas las divinidades. En lo cual, la mitología alemana ofrece un rasgo característico, por sus profundos y ámplios presentimientos en este respecto. Mientras los dioses de Grecia aparecen viviendo en grata é imperturbable tranquilidad, sin que las luchas de gigantes y titanes los preocupen, y sin que quede mito alguno que recuerde la caida (ni aun una profecía poética), las divinidades alemanas, por el contrario, sienten cernerse sobre su cabeza el hado fatal de su ruina, al cual ceden al cabo, pero despues de haberlo combatido dramáticamente. En la conflagracion del universo, en el juicio final (*muspilli,* destruccion de lo existente), perece toda cosa, pero brota del mar un mundo nuevo, otra tierra, todo se trasforma; los ansos, no los viejos, sino sus hijos, sometidos al *Dios poderoso (Fimbultyr,* que es el *Padre universal* en el concepto ulterior cristiano), al Príncipe de la paz eterna, pasarán como divinidades rejuvenecidas á formar parte del pueblo de los bienaventurados y justos: creencia que debió preparar á los germanos para abrazar más fácilmente la idea cristiana del Dios omnipotente, dispensador de todo género de paz y de bienes.

La fábula de los dioses y los héroes refleja un rayo peculiar del carácter germano, la *fidelidad*, pero sólo en parte: pues no cabe estimar ésta, sino en oposicion á su correlativo, la *traicion*, que se revela tambien frecuentemente y en formas horribles, como pasa, por ejemplo, en el principio de la genealogía histórica de esta raza, en Arminio, que por la traicion de su suegro, Sigesto, cae en manos de los prínci-

en el cual (de otro modo que por Uhland y Leo) es referido Locki, con razon, al *Agni* indo, y se exponen satisfactoriamente las metamórfosis que ha sufrido este mito desde una concepcion superior á otra más baja. Personifícase en Locki al fuego, así el bienhechor como el nocivo. De dios de la luz y del fuego, que brilla clarísimo y despierta fecundidad por todas partes, vino á convertirse en dios de la destruccion, en verdadera divinidad del mal.

pes alemanes. La traicion, junta, sobre todo en el mito de los héroes, con la horrible y repugnante venganza de sangre, y con ellas la avaricia, que se muestra á su vez no ménos repugnante, llevan á pensar en la pérdida de la fé en este pueblo, y en su decadencia consiguiente, y á bendecir aquí tambien el advenimiento del Cristianismo, como fuente de redencion.

§. 3.—El órden jurídico.

1. *Concepto general del Derecho en la raza alemana.*—El derecho fué concebido por esta raza *objetivamente*, sobre todo, como *ley*, *vínculo*, *lazo* (*Ewa*, *Ehe*) (1): expresa, pues, inmediatamente la conformidad de los actos con este vínculo, y se refiere luego además á los hechos que deben realizarse para reponerlo cuando ha sido roto por una accion injusta («el vínculo, el matrimonio roto»). El vínculo, lo era propiamente de paz y auxilio en una comunidad ó sociedad de *personas libres*, enlazando á éstas entre sí, y á todas ellas en la agrupacion. Pues, en efecto, la libertad individual no consiste, ni aun para el antiguo derecho aleman, en arbitrio ilimitado, sino que alcanza sólo á la esfera en que la reconoce y apoya la naturaleza misma de la comunidad. Esta, que es concebida, no en mera abstraccion, sino al contrario, como un todo *organizado* y vivo de relaciones diferentes en especie y grado, desde las engendradas por el parentesco, hasta las que determinan las condiciones civiles y políticas, influye de muchos modos en las relaciones jurídicas de sus miembros, en la declaracion, por ejemplo, de

(1) La voz *êwa*, abreviada, *êa*, significa en el alto aleman antiguo ley, lazo, vínculo (*lex*, *vinculum*, no *matrimonium*); V. Grimm, *Antigüedades del derecho aleman* (*Deutsche Rechtsalterthümer*), p. 417. Corresponde al mismo concepto fundamental que la voz latina *jus* (vínculo); V. p. 49, t. I, nota.

aptitud para la defensa de la pátria, la emancipacion de los adolescentes, la manumision de los siervos, y aun la disolucion quizás del matrimonio. Pero tambien conserva en ella cada miembro su independencia y libertad relativas, las cuales se acentúan por lo mismo que entonces, como en toda fase inicial de una sociedad, la organizacion se produce desde los elementos inferiores á los superiores, y el vínculo social vá fortaleciéndose sólo gradualmente, alcanzando, entretanto, los indivíduos mayor autonomía y poder jurídico que los que luego se les asignan, una vez llegada la sociedad á su plenitud orgánica. Así es que el derecho reconocido á las personas libres para su propia seguridad y la proteccion de sus subordinados respectivos, es muy grande y tiene su expresion exterior y solemne en la declaracion de capacidad para tomar las armas (1). El hombre libre, es, pues, el armado, *wer*, que corresponde al *vir* latino, de donde surge luego *waro* ó *baro*. Mas por importante que sea, no es con todo este concepto del hombre libre el de mayor significacion para entender el Estado primitivo de los alemanes, ni ménos sus fases ulteriores. Su explicacion pide otro principio superior y verdaderamente esencial, y ha de buscarse en

(1) PHILLIPS, *Derecho aleman privado (Deutsches Privatrecht)*, p. 23, ha tratado de investigar el principio fundamental del derecho aleman, objeto hasta ahora desgraciadamente de pocas indagaciones en este sentido, y cree haberlo hallado en la *capacidad para tomar las armas*, base, en su sentir: 1) de la *libertad* ó defensa propia; 2) de la *tutela* ó defensa de otras personas; y 3) del *armamento* ó defensa de las cosas. Pero, ni basta semejante principio para explicar satisfactoriamente el carácter peculiar del derecho germano, que se acentúa tan señalamente cuando se le opone al de Roma, ni tampoco la vida jurídica alemana, organizada con tanta variedad y riqueza, cabe dentro de las tres formas indicadas. Hay en esta opinion una sobrestima exajerada del elemento *subjetivo* desde el punto de vista del *indivíduo*, y no se reconoce en cambio toda su importancia al vínculo con que la comunidad se organiza, y á las relaciones jurídicas que de él se engendran.

la idea del vínculo y del organismo de la sociedad, que aseguran á cada cual su propia esfera jurídica, pero limitándola en atencion á los demás miembros y al todo social mismo, de suerte que subsisten, puestos en sus términos justos, el elemento *subjetivo* de la libertad y el *objetivo* de la ley ó las costumbres, donde tiene su base el vínculo social.

2. *Relacion del Derecho con la religion.*—Los antiguos alemanes nos ofrecen unidas ambas formas de un modo semejante á como se presentan éstas en los tiempos primitivos del pueblo indo (1) y en la antigua Roma (2). El culto de los dioses es sencillo; no hay templos aún para adorarlos, y se les consagran sólo bosques. En los negocios graves, se consulta la voluntad divina, apelando á la suerte, al vuelo de las aves y al relincho de los corceles sagrados, para descubrirla. Hay ya constituido un estado sacerdotal; pero todavia el jefe de familia ejerce estas funciones religiosas en los asuntos domésticos; sólo cuando se trata de intereses de los cantones ó del Estado las desempeñan sacerdotes especiales y se celebran en sitios consagrados al efecto. El poder sacerdotal, con todo, estaba comprendido dentro de límites muy circunscritos y era muchísimo menor que entre los celtas. Las funciones de los sacerdotes no se reducian tan sólo á preparar y presentar á los dioses la ofrenda comun, en que entraban tambien los sacrificios humanos, la inmolacion de los prisioneros; sino que además influian en los negocios jurídicos y políticos (como ya lo indica el nombre *Ewart* del sacerdote), presidian las asambleas populares, y como por delegacion, no humana, sino divina, podian hasta imponer en la guerra castigos corporales.

3. *Colonizacion y constitucion del territorio* (3).— La co-

(1) V. tomo I, pág. 269.

(2) V. pág. 60.

(3) V. sobre esto lo obra clásica reciente de G. L. De Maurer, *Introduccion á la historia de la constitucion del Estado, señorío, comun*

lonizacion, que cae sin embargo sólo en parte dentro de la época histórica, revistió formas diversas. Pudo ser obra de toda una raza, obligada á dejar su primera residencia (los teuteros y manos); ó bien la llevaron á cabo tríbus afines, unidas para la paz y la guerra; ó la realizaron por último séres aventureros, Ariovisto, por ejemplo, y sus sucesores. En todo caso, el establecimiento de una colonia iba acompañado de la toma de posesion simbólica y de la consagracion del territorio elegido.

El habitado por los alemanes se dividia segun las distintas poblaciones. Cada una de éstas formaba una gran comunidad independiente, un Estado (*civitas*); su distrito, llamado tambien *Gau*, estaba dividido en pequeños cantones (*pagi*, pagos), y éstos á su vez en aldeas (*vici*). No existian ciudades, y sí sólo plazas fuertes (*oppida*, *castella*). En cuanto á la constitucion municipal, ofrece muchas peculiaridades, cuyo conocimiento encierra puntos, hoy muy cuestionables todavia.

En un principio, hubo posesiones particulares y aldeas primitivas, cerca unas de otras; aquellas se convirtieron con frecuencia en aldeas, las cuales á su vez pasaron ulteriormente, en la Edad Media, á la condicion de propiedades privadas, viniendo á constituir dominios señoriales. En la aldea, se distinguen tres elementos: 1) la casa y su cortijo accesorio; 2) el fundo (*Hoba*, *Huba*, *Hufe*, *Hube*), ó porcion

---

y ciudad, y del poder público (Einleitung zur Geschichte der Staats,-Hof,-Dorf-und Stadtverfassung und der öffentlichen Gewalt), Munich, 1854. Consúltese tambien á WAITZ, *o. c.*, p. 19 y siguientes; BETHMANN-HOLLWEG, *Los germanos, antes de la emigracion de los pueblos (Über die Germanen vor der Völkerwanderung)*, 1850, y un buen artículo, para orientarse en el asunto, escrito por BLUNTSCHLI é inserto en la *Ojeada crítica á la legislacion y ciencia jurídica alemanas (Kritische Überschau d. d. Gesetzg. und Rechtsw.)*, t. II, p. 291.

cerrada del campo comun, unida temporal ó permanentemente á la casa y el cortijo; 3) el campo (1) comun *(Almende,-Gemeinland)*. Elegido el sitio para la fundacion de una aldea, cada miembro libre de la confederacion recibia todo el suelo que necesitaba para la casa y dependencias accesorias de la granja, y aun para huerta y jardin, en la mayoría de los casos. Todo lo cual se llamaba casa y cortijo, y constituia la exclusiva *propiedad*, los *bienes*, en ámplio sentido, de cada asociado. Pero se asignaba tambien á éstos una parte del campo general, que era el fundo, *Hoba*, llamado luego en los libros de derecho *sors*, *portio*, y respecto del cual es cuestionable si formaba una propiedad exclusiva y perpétua de cada asociado, ó era sólo gozada por un año, cambiando por lo tanto de poseedor anualmente. Las importantes indicaciones que hacen César (2) y Tácito, miradas sin idea

(1) Subsistente hoy todavia, y presentado por M. LAVÉLEYE en su obra: *La propiedad primitiva*, como el ideal de la organizacion de la propiedad territorial, punto de vista que compartia STUART MILL, segun aparece en una carta dirigida al primero é inserta en dicho libro.—(A.)

(2) CÉSAR, *de B. G.*, despues de decir esto mismo de los belicosos suevos (IV, 1) refiere (VI, 21) de los germanos en general (exceptuando algunas poblaciones poco entregadas á la agricultura) lo que sigue: *neque quisquam agri modum certum aut fines habet proprios: sed magistratus ac principes in annos singulos gentibus cognationibusque hominum qui una coïerint, quantum et quo loco visum est, agri adtribuunt, atque anno post alio trânsire cogunt*. TÁCITO, por su parte, *Germ.* 26, dice: *agri pro numero cultorum ab universis in vices (in vicem*, segun otro buen manuscrito) *occupantur, quos mox inter se secundum dignationum partiuntur, facilitatem partiendi camporum spatia praestant, arva per annos mutant et superest ager*. Este pasaje, que tambien GRIMM, *Arqueología jurídica (Recht. Altherth.)*, 1828, p. 495, califica de oscuro, ha sido interpretado luego de diverso modo. Lo cual puede verse, en resúmen, en ORELLIUS, *Taciti opera*, *Turici*, 1848, t. II, p. 365; y más especialmente en las obras ya citadas de EICHHORN, §. 14; DE SYBEL, p. 5; WAITZ, 23, y DE BETHMANN-HOLLWEG, p. 10. Por mi parte, no encuentro discor-

preconcebida, se armonizan y concuerdan en estos dos extremos: 1) que los antiguos germanos no conocieron posesion exclusivamente privada de la tierra; 2) que habia entre ellos un cambio anual de tierras y poseedores. Añade tambien César que la designacion anual de las tierras se hacia por las autoridades *(magistratus ac principes)*; y Tácito dice, en un pasaje de dudosa interpretacion, que, al señalarse cada vez por la comunidad social los límites de las posesiones respectivas, en cuya distribucion se atendia al número (variable) de los jefes de familia *(pro numero cultorum)*, se tenia tambien en cuenta el rango social *(secundum dignationem)*; recibiendo por esto, los que figuraban en las clases superiores, mayor número de yugadas. Y añade, por fin, que despues de repartido el terreno, al extenderse el límite de las

---

dancia esencial entre las afirmaciones de César y las de Tácito, y creo que si éste hubiera querido decir lo contrario de aquel, lo habria expresado con mayor precision; admito, pues, con Sybel, Bethmann-Hollweg, Maurer y otros, que tampoco Tácito conoció entre los germanos posesion privada permanente de un campo determinado, lo cual concuerda tambien, por otra parte, con el grado elemental de su cultura por entonces. Sybel, *o. c.*, p. 9, advierte lo que sigue: "No hay para qué buscar en Tácito aclaraciones y analogías ulteriores; prefiero llamar la atencion hácia el artículo de Hassen, citado por Dahlmann (Falke, *Nuevo repertorio político-civil (Neues staatsbürgerliches Magazin)*, t. III y VI), donde se expone el estado jurídico de las poblaciones dinamarquesas en los principios de la Edad Media, haciendo notar cómo subsisten vivas, aun las principales consecuencias del cambio periódico de posesion, que entonces existia y que ha desaparecido ya; y se indica tambien la situacion actual de algunos distritos del Hundsrück, en los cuales todo el suelo pertenece á la comunidad, que lo reparte en lotes entre sus miembros cada tres, cinco y diez y ocho años. Aquí, como antes en Dinamarca, cada cual sólo administra, dispone y hereda su cuota territorial en los términos que le consiente la regla de la comunidad." "Organizaciones jurídicas de la propiedad, paralelas á la descrita por César, las ha señalado tambien Zeuss en los pueblos eslavos y en algunas razas celtas."

posesiones, quedaba todavia una porcion de campo cultivable *(et superest ager)*, dedicado á barbecho y pastos. Pero ni César ni Tácito dan á entender claramente si en esta alternativa de las tierras se trasladaban los municipios de un terreno á otro, ó por el contrario, se hacia el nuevo reparto siempre sobre una misma porcion territorial. Lo primero pudo ser quizás lo más frecuente en tiempo de César, cuando las poblaciones alemanas se encontraban agitadas por un gran movimiento; lo segundo, en el de Tácito, que conoció ya al pueblo aleman seguramente en condiciones de mayor estabilidad y mayor órden en sus relaciones. Por lo demás, no se puede demostrar históricamente la transicion á la posesion territorial privada, que aparece constituida, en todo caso, despues de la emigracion; por lo cual se inclinan muchos á juzgarla existente ya en la época de Tácito. Pero la variacion tiene su explicacion, sin embargo, en aquel cambio profundo de las relaciones de la vida.

En la fundacion misma de la aldea, se revela un rasgo propio del carácter germánico, pues el aleman aparece queriendo afirmar, dentro de la comunidad de la poblacion, la independencia de la vida de familia, separando al efecto su casa y rodeándola de un cortijo (1).

4. *Condiciones de la personalidad y del estado jurídico.* —Por su estado, se distinguian las personas y familias en *libres*, *siervas y nobles*. La libertad tenia su signo exterior

(1) TÁCITO, 26: *Vicos locant non in nostrum morem, connexis et cohaerentibus aedificiis; suam quisque domum spatio circumdat.* BLUNTSCHLI, *o. c.*, p. 297, observa acertadamente, que mientras la aldea alemana revela la independencia de la vida de la familia dentro de la comunidad municipal, la construccion de la aldea romana responde, por el contrario, por la union de sus casas, á un predominio de la *unidad social externa*, al revés de lo que pasa en el campo, donde impera en absoluto el poder *individual*; y que ambas aldeas difieren del tipo de la eslava, cuyas casas unidas cada dos, parecen expresar la vida de una familia de hermanos.

en la capacidad para tomar las armas, declarada la cual, adquiria el hombre voz en la asamblea popular (1). La libertad misma consistia en deber sólo obediencia á las autoridades elegidas en la asamblea territorial, y sólo tambien en las cosas impuestas, ya por las prácticas, ya por las leyes socialmente establecidas. De la libertad dependia el honor de la vida social (2).

No libres eran los siervos (3), á los cuales por lo comun se cedian pequeñas posesiones rústicas, á cambio de fuertes

---

(1) La opinion de Waitz, *o. c.*, p. 39 (que tambien sigue Walter, p. 8), segun la cual el derecho de sufragio estaba unido á la posesion territorial, no tiene apoyo alguno, ni en César, ni en Tácito; lo contrario, si acaso, es lo que parece desprenderse más bien de algun pasaje del último, c. 13. Sobre todo, no corresponde dicha opinion á lo que exigia el antiguo régimen de los germanos: pues apenas es concebible que el cortejo de un príncipe, compuesto de libres y nobles é influyente en extremo, careciese de voto en la asamblea popular. Despues de la emigracion es cuando positivamente rige el principio afirmado por Waitz.

(2) V. pág. 221.

(3) Los germanos conocian dos clases de servidumbre: la *personal*, análoga á la esclavitud romana, aunque ménos dura; y la *real*, esto es, aquella mediante la que estaba el hombre unido á la tierra ó á la *gleba*. Esta era la general; aquella, la excepcional; y á la *real* se refiere sin duda la descripcion de Tácito: "Los esclavos no están, como entre nosotros, clasificados y dedicados á los diversos empleos del servicio doméstico. Todos tienen su habitacion y sus penates, que rigen por sí libremente. El amo les impone, en concepto de arrendatarios, cierta pension en granos, ganados ó vestidos, y á esto se reduce la servidumbre. Los pequeños quehaceres de la casa corresponden á la mujer y á los hijos. Maltratar á un esclavo ó castigarlo, encadenándolo ú obligándolo á trabajos forzados, es cosa rara. Si se los mata alguna vez, no es por exigencias de la disciplina ó por espíritu de severidad, sino en un arrebato de cólera, como cuando se mata á un enemigo."

Entre los hombres libres y los esclavos, se hallaban los *letes*, que no deben confundirse con los *laeti*, germanos colonizadores obligados á prestar el servicio militar, en cambio de los terrenos que recibian de los emperadores romanos.—(A.)

impuestos y servicios que prestaban á sus amos. Representados sólo por éstos, carecian de voto en el municipio, y no habia tampoco autoridad alguna que los protegiera contra los abusos de sus dueños. El principal orígen de la servidumbre eran el cautiverio y la prision en las guerras; lo fué tambien, sin duda alguna, el haber hecho los germanos esclavos á muchos de los celtas, al penetrar triunfantes en sus dominios; y aún con frecuencia nacia la servidumbre de las deudas contraidas en el juego. Pero estos siervos eran vendidos á los extranjeros (1). Podia acabar la esclavitud por la emancipacion, que no llevaba consigo, sin embargo, todos los derechos anejos al estado libre; sólo en aquellos pueblos alemanes que estuvieron gobernados por reyes, pudo el emancipado elevarse, por recibir una dignidad, sobre los libres.

Entre éstos, los habia *nobles* (2), que formaban una estirpe

(1) TÁCITO, 24.

(2) Segun WELCHER los germanos eran todos libres é iguales, siendo debida al feudalismo la aparicion de la aristocracia; otros, como LUDEN, PFITER, MITTERMAIER y WAITZ, admiten la existencia de una nobleza, pero nominal; LAURENT dice que cuando una nobleza no se muestra, es que no existe; y DAVOUD-OGHLOU no abriga ni siquiera duda, añadiendo que así como los visigodos se servian del término *noble*, aplicándolo en un sentido relativo á varios con relacion á otros inferiores, así, cuando TÁCITO habla de príncipes y sacerdotes, debe entenderse que son éstos funcionarios públicos que tenian bajo su inspeccion un número mayor ó menor de tríbus ó familias. Que no existia una verdadera aristocracia, lo prueba el que no se encuentra siquiera rastro de desigualdad en la condicion jurídica, puesto que si bien se pagaba mayor *wergeld* ó composicion por las personas elevadas, bastaba, para que se debiera tomar en cuenta este dato, al estimar aquella, el valor de la posicion social que daban la propiedad, los servicios en campaña, etc. Pero no es ménos evidente que estas distinciones sociales, junto con el espíritu guerrero y la institucion del patronato y la clientela, son manifiestamente el gérmen de lo que más tarde habia de ser la nobleza feudal.—(A.)

genealógica, *tribu* (1), y se distinguian de los demás sobre todo por el mayor contingente que suministraban para la guerra y defensa. Si esta distincion tuvo su orígen junto con el de las instituciones sacerdotales (para afirmar lo cual no hay fundamento histórico alguno); si ha de buscarse, ya en el carácter hereditario que llegó á tomar la jefatura del municipio, ya en el poder creado por la mayor extension de propiedad territorial, ya en la formacion de familias de reyes; ó si finalmente concurrieron á las vez muchos de estos motivos, es cosa completamente oscura.

Al par de las familias nobles, habia para los distritos *príncipes* elegidos en la asamblea popular y encargados de administrar justicia. Es un error suponer que sólo los nobles eran elegibles; podian serlo tambien todos los hombres libres. Por esta eleccion, recibian además los príncipes el derecho exclusivo de sostener un cortejo de guerra, y lo conservaron, dando el primer impulso para las conquistas.

5. *La union de familias.*—La familia, miembro de la comunidad social, era concebida por los alemanes como un vínculo jurídico, no sólo privado, sino público tambien, pues abrazaba, tanto á los parientes consanguíneos (2), cuanto á los afines por matrimonio, y se revela en la paz, como Sippe (3)—alianza;—y especialmente en el estado de hostilidad y guerra, como venganza de sangre ó talion. Cabe distinguir en la familia un círculo estrecho y otro más ámplio. Del primero es jefe el padre, que ejerce sobre los que le están sujetos (la mujer, los hijos y los servidores) un derecho de

(1) V. sobre esto más extensamente WAITZ, I, 65.

(2) El parentesco se determinaba y expresaba segun la organizacion del cuerpo. V. especialmente LEO, *Lecciones sobre la historia del pueblo aleman (Vorlesungen über die Gesch. d. d. Volkes)*, I, p. 183.

(3) *Sippe* de *sibba*, tanto designa relacion de paz, como de amistad entre parientes, y aun relacion personal sobre todo, esto es, un lazo que une la vida de las personas.

proteccion (tutela, *Vormundschaft, mundium* (1), de *munt*, que significa primitivamente mano, y es análogo por tanto á la *manus* de Roma). Tiene además el padre de familia un derecho de eleccion, por el cual recibe ó desecha de la familia al hijo recien nacido. Pero todos los parientes juntos constituyen una autoridad superior á la del padre, formando un consejo ó tribunal de familia (2). Los consanguíneos, que generalmente vivian cerca unos de otros, se prestaban auxilio en los combates y en los tribunales (Eideshelfer). La monogamia era la forma del *matrimonio;* sólo por excepcion aparece la poligamia en las familias nobles y en las de los príncipes (del mismo modo que ulteriormente entre los reyes merovingios, ya cristianos, que tuvieron tambien muchas mujeres). El matrimonio *verdadero* se contraia primitivamente por compra (como entre los romanos por *coemtio)*, mediante la cual adquiria el marido una autoridad tutelar *(Munt)* sobre la mujer, que nunca podia bastarse á sí sola, y necesitaba estar siempre amparada bajo el poder del padre, de un pariente ó del marido. A la compra, seguia la ofrenda comun (análoga á la *confarreatio* romana), desposorios *(Mahl)* ó nupcias *(Hochzeit)*, de donde provienen el nombre de esposos *(Gemähle)*, que reciben la mujer y el marido, y la entrega solemne á éste de la novia. Fuera del precio de compra *(pretium)*, que se paga á los que tienen bajo su autoridad tutelar á la mujer, recibe ésta del marido, á la mañana siguiente al dia de la boda, una do-

(1) El *mundium*, llamado en la Edad Media *tuitio, munitio, defensio, mundebergis*, tiene su orígen en la proteccion debida á los débiles, y era como un derecho de iniciativa y de intervencion concedido á ciertas personas en favor de otras; al rey, en favor de los principales más inmediatos á él; al jefe de bando, respecto de los clientes; al padre, sobre sus hijos; al marido, sobre su mujer.—(A.)

(2) Semejante, por tanto, al de Roma y otros pueblos itálicos. V. p. 152 nota (2).

nacion, llamada de la *mañana* ó *morganática (Morgengabe)*; además, le señala una dote, *Witthum* palabra derivada, no de *Wittwe* (viuda), sino de *Widmung* (consagracion). La dote que la mujer recibe de su familia se apellida *Phader-phium*, *(Vater-Vieh*, rebaño del padre, *pecunia paterna)*. No habia verdadero matrimonio posible entre libres y siervos. Uniones de este género hacian recaer al contrayente libre bajo la potestad tutelar del dueño del contrayente siervo. En los primeros tiempos, podia disolverse el matrimonio por la voluntad del marido, que retiraba su autoridad tutelar. Las tradiciones antiguas dejan ver la huella de la primitiva costumbre, que compartian los germanos con los indos, de quemar á la viuda juntamente con el cadáver de su marido; y aun se refiere (de acuerdo con otras tradiciones y noticias) á la época de la emigracion la bárbara práctica que (como los masagetas) usaban con los enfermos incurables y los ancianos débiles, á los cuales hacian morir; siendo muy raro que permitiesen á las víctimas manifestar en cada caso su verdadero deseo (1). En punto á las *relaciones de fortuna* entre los cónyuges, la comunidad de bienes, que apareció ya en tiempos ulteriores, nada tiene de comun con el antiguo *mundium* (2). Tenia la mujer su fortuna propia, compuesta de la donacion morganática y de la dote aportada; mas su administracion y usufructo correspondian al marido, en virtud de su *mundium*. Pero ya en las primeras leyes del período inmediato, se asegura á la mujer que sobrevive á su marido, la mitad de los gananciales (3).

(1) V. LEO, *o. c.*, p. 137.

(2) GRIMM, *Antigüedades jurídicas (Rechtsalterthümer)*, 449.

(3) Algunos han querido ver en este *derecho de supervivencia*, el sistema de *comunidad de bienes* en el matrimonio; pero basta observar, como ha hecho LAFERRIÈRE, que si la mujer no sobrevivia al marido, ningun derecho sucesorio tenian los herederos de aquella, para comprender la diferencia esencial entre una y otra cosa. Cierto que

Intimamente unido á la constitucion de la familia, aparece el derecho de *sucesion* entre los germanos (1). Ni conocieron testamento ni pactos sucesorios. Era la base del derecho hereditario, el parentesco de la sangre, que establecia un lazo tan íntimo entre los parientes consanguíneos, que se tenia por desamor el privarles de la sucesion á que estaban llamados. Sobre el modo de efectuarse ésta, nada cierto sabemos por datos relativos á la época primitiva. Probablemente, el derecho de sucesion conformaba con el grado de parentesco. Ulteriormente, aparece en todos los pueblos alemanes una prelacion á favor de los parientes por parte del marido, excluyendo de ordinario los hijos á las hijas, si bien Tácito no menciona, á lo ménos, este privilegio (2).

existia en gérmen, en cuanto se ve una mayor intimidad en este respecto, pero realmente el régimen de comunidad nace en la Edad Media merced á la trasformacion de la dote germana, del *morgengabe* y de este *derecho de supervivencia*.—(A.)

(1) TÁCITO, 20. *Heredes tamen successoresque sui cuique liberi; et nullum testamentum. Si liberi non sunt, proximus gradus in possessione fratres, patrui, avunculi.* Sobre la cuestion que aquí se suscita, V. EICHHORN, §. 65, GRIMM, *o. c.*, §. 407, 472 y ZÖPFL, II, 2, §. 112.

(2) Antes de la invasion, sólo cabia la sucesion respecto de la casa y la tierra aneja, única propiedad privada, de la familia, y que primero heredó el varon mayor, luego todos, pero con exclusion de las hembras. Despues de la invasion, rigió el principio de masculinidad en los bienes patrimoniales (y más tarde en los beneficios), el de igualdad en los adquiridos, y principios especiales en la herencia del *wergeld* ó composicion; y se introduce el *pacto sucesorio*, y más tarde, bajo el influjo del derecho romano y de la Iglesia, el testamento, desconocido entre los germanos como en todo pueblo primitivo, porque la propiedad es, cuando más, de la familia, no del indivíduo. El contraste del derecho de sucesiones germano con el romano no puede ser más señalado; de un lado, el principio de masculinidad y el de distincion de bienes; de otro, el de igualdad y el de unidad de patrimonio; en la sucesion de descendientes, admitian los romanos el derecho de *representacion* que los germanos no conocian; para los ascendientes, era tan favorable la legislacion de aquellos, como lo era poco la de éstos; y la de colaterales se rige allá por la *proximidad del grado* y acá por el principio de la *parentela*.—(A.)

Además del vínculo de familia, hay otro con frecuencia entre personas verdaderamente libres, que aparecen asociadas de diez en diez, estableciéndose por éste y otros lazos análogos una especie de *responsabilidad solidaria (Gesammtbürgschaft)* entre todos los miembros, para el pago de las multas é indemnizaciones impuestas á uno de ellos. No hay datos para afirmar que esta responsabilidad solidaria existiese ya en las épocas primitivas (1). Ni tampoco conocieron los germanos aquellas relaciones que la *gens* romana producia entre las familias (2). Los gremios se formaron más tarde conforme se ensancharon las relaciones de la vida social.

6. *Constitucion.*—El pueblo estaba organizado igualmente para la paz y la guerra, y tenia, por consiguiente, la misma constitucion para ambos estados. El ejército se componia de centurias, ó grupos de cien hombres, y probablemente los pequeños distritos estaban organizados tambien en agrupaciones de á ciento (3). Siendo el pueblo el ejército, y la asamblea popular el tribunal, era el juez, por tanto, el jefe del ejército.

La organizacion de la asamblea correspondia completamente á la de las diversas asociaciones de que estaba el pueblo compuesto; de suerte que la centuria, el distrito y el pueblo entero tenian sus asambleas respectivas, si bien Tácito parece no aludir más que á la última. Ésta, que era la comunidad del país y se llamaba *thiodmâl*, ejercia el poder político, y á ella enviaban sus delegados las diversas poblaciones (solamente para los sacrificios hace mencion Tácito de este envio). Deliberaba sobre todos los asuntos públicos

(1) V. la refutacion especialmente en WAITZ, p. 225.

(2) Esta opinion de SYBEL, *o. c.*, §. 1, 2, 3, la contradicen WAITZ, I, 219 y BETHMANN-HOLLWEG, p. 35, etc.

(3) V. WAITZ, I, p. 32-37, y WALTER, p. 12.

más importantes, como eran la sancion de nuevas leyes, la declaracion de la paz ó la guerra y las acusaciones criminales contra personas del estado libre; de los negocios de ménos entidad, conocian las asambleas de los príncipes de distrito; á pesar de que tambien ciertos asuntos capitales, sobre que debia resolver la asamblea comun, aparecen sometidos préviamente á la deliberacion de dichos príncipes de distrito (1). Estos eran los encargados de administrar justicia en sus territorios, en nombre de las centurias que los formaban (2).

Organizacion para la guerra.—Cada pequeño distrito contribuia con 100 hombres libres y capaces de tomar las armas. Los guerreros seguian asociados durante la campaña con arreglo á los lazos de familia y parentesco (*familiae et propinquitates*). El jefe (*dux*) de todo el ejército era elegido por la asamblea general ó por suerte (como pasaba, á lo ménos, despues, entre los sajones). Acompañaban al ejército sacerdotes encargados de consultar los auspicios y mantener la disciplina militar, y hasta investidos del derecho de imponer castigos corporales (3).

El cortejo (Condado-comitatus). Además de esta milicia tenia cada príncipe un cortejo, constituido sobre la base de una fidelidad y abnegacion absolutas por parte de los que

(1) En esta deliberacion prévia de los príncipes de distrito y en la union que se establecia entre ellos, por tanto, hay que ver una limitacion esencial, y aun una negacion del principio democrático, análoga á la deliberacion y asentimiento prévios del Senado romano y del Consejo de los 400 (βουλη) en la Constitucion de Solon (V. p. 28).

(2) Tácito, c. 12, habla de un Consejo de los príncipes, compuesto de cien personas. Es, de seguro, una mala inteligencia de Tácito, que toma por una corporacion especial lo que era la comunidad misma. V. Bethmann-Hollweg, *o. c.*, p. 47.

(3) V. pág. 230.

lo formaban, elegidos por los mismos príncipes entre los jóvenes y adultos que se ofrecian voluntariamente, y á quienes aquellos conferian grados en el cortejo, segun el valor y mérito de cada cual. Este género de servicios no restringia la libertad ni el honor de los servidores, tanto que los nobles entraban tambien á formar parte del cortejo. Era éste una escolta de honor, durante el estado de paz; en el de guerra, ocupaba un lugar especial en el ejército, y su honor consistia en una fidelidad señaladísima. Como no era lícito al jefe emprender la guerra por su solo arbitrio (1), acabaron por disolverse los cortejos, en las épocas de paz continuada, faltando además medios con que sostenerlos.

Contrasta notablemente por su naturaleza esta institucion de los cortejos con el carácter democrático de las restantes. Pues, en éstas, todo viene determinada de abajo arriba; y en aquella, uno sólo es el que elige por su propia iniciativa á las personas y constituye sus relaciones. Fueron tambien peligrosos los cortejos para la libertad comun, pues fomentaron el deseo de la guerra, dieron ocasion á conquistas y acabaron finalmente por cooperar á la destruccion de las franquicias públicas.

Monarquía.—De las estirpes germánicas, unas se gobernaron en la época histórica por libres asociaciones territoriales ó comunidades y por reyes otras (las de los marcomanos, quados, brúcteros, godos y suiones ó suevos). El origen de la monarquía, que en algunos pueblos no se puede averiguar en el terreno de la historia, se remonta en otros á sus tiempos primitivos. De aquí la diversidad de pareceres que hay sobre este punto. Las causas de este hecho han sido ciertamente en las épocas prehistóricas y en las ulteriores,

(1) WAITZ, I, 124, etc., y ROTH, p. 17, etc., son especialmente los que han puesto completamente en claro este punto importante y decisivo para juzgar el carácter del cortejo.

como siempre, tan diferentes cuanto las relaciones mismas de la vida. El gran prestigio que llegaba á tener una familia noble á vueltas de muchas generaciones de esforzados y meritorios jefes, junto con la creencia de los germanos en la trasmision del alma con la sangre de padres á hijos, ha contribuido de seguro á que, en algunas razas y en los primeros tiempos, se fijase la eleccion del jefe supremo en una determinada familia: lo cual no excluye el influjo que pudo ejercer tambien el ir unida á la jefatura la dignidad sacerdotal. Pero, así como no hay base alguna histórica para reputar unidas la nobleza y el sacerdocio desde un principio, así falta tambien para suponer que la dignidad real ha sido un desarrollo ó desmembracion de la del sumo sacerdocio (1). Con más frecuencia, sobre todo en épocas ulteriores, fueron probablemente las luchas intestinas y exteriores, la union de poblaciones diversas, las emigraciones y campañas dilatadas, las revoluciones y el ejemplo de pueblos inmediatos, las causas que más han influido en el nacimiento de la monarquía. Es tambien, por consiguiente, un error hacerlo depender de la institucion del cortejo ó comitatus. Pudo bien éste dar con frecuencia el primer impulso; pero era preciso que lo secundara la totalidad de los súbditos. Tampoco es fundada la opinion de que primitivamente los reyes eran sólo los más ancianos de las diversas familias y centurias, sin que difiriesen en nada de los *principes*, que habian formado entonces la *stirps regia;* de suer-

(1) Es un rasgo característico de los pueblos germánicos, y en general de los más importantes entre los indo-europeos (V. p. 61), el que la dignidad sacerdotal, así como en la familia vá aneja al padre, y en el municipio y el distrito al presidente respectivo, así tambien en la nacion pertenece al rey, pero sólo en virtud de su rango social y político. Por lo cual, hay que concebir al sacerdocio como una funcion que, en el desarrollo ulterior de las relaciones de la vida, se ha separado del poder señorial, y no al contrario.

te, que la monarquía primitiva habria nacido, segun esto, del estado familiar, y la ulterior se habria formado ya sobre un fondo romano, bajo el influjo de las ideas romanas (1). Pero, del mismo modo que carece de fundamento la opinion que supone á los germanos organizados por familias, semejantes á las *gentes* de Roma, en corporaciones civiles, por lo tanto, no en puras asociaciones de parentesco, así tambien es muy otra y diversa la manera que tuvo de nacer la monarquía, siquiera las ideas romanas, no ménos que las del Cristianismo, contribuyesen luego al robustecimiento del poder real.

El grado de éste no era igual en todos los pueblos. Mientras en los del Norte (entre los godos, por ejemplo, y más aún entre los suevos) era muy grande, aunque sin menoscabar las libertades *(nondum tamen supra* (2) *libertatem)*, en la mayoría, sin embargo, estaba restringido por una especie de constitucion. En cuantos ejemplos se conocen, aparece el rey como jefe del ejército nacional, compartiendo tambien con cada príncipe la presidencia de los tribunales. En la asamblea general, era su consejo el más oido *(auctoritate suadendi magis quam jubendi* (3) *potestate)*, pero la decision tocaba á la comunidad (4).

Para la trasmision de la dignidad real, se combinaban el derecho hereditario y la eleccion, en esta forma: el pueblo

---

(1) Contra esta opinion de SYBEL, V. WAITZ, II, 14; WALTER, §. 24.

(2) TÁCITO, 43.

(3) TÁCITO, 11.

(4) El principio esencial de la organizacion política de los germanos era el de la soberanía, mostrado en la existencia de las *asambleas*, hecho característico y comun á todas las tríbus. A su lado, estaban iniciados y como en gérmen el poder de la *nobleza*, que tiene su orígen en el patronato *(comitatus)* y cuyo desarrollo favorece naturalmente tanto la guerra y por consiguiente la invasion; y el *poder real*, que varía segun las tríbus y en algunas no existe, y á cuya for-

elegia, pero dentro de una familia especial, siendo la eleccion, por tanto, un reconocimiento sólo de la dignidad real en persona que la mereciere (1).

Derecho penal.—Los germanos distinguieron desde un principio los crímenes cometidos contra la comunidad, directamente *(proditores, transfugae)*, de los que sólo revelaban la maldad de uno cualquiera de sus miembros *(ignavi, imbelles, corpore infames)*, los cuales eran castigados con muy diversa manera de muerte, y entre ellos los que habian producido daño inmediatamente á un indivíduo determinado (2). En el último caso, procedia el tribunal á instancia del ofendido ó de sus parientes, imponiendo una multa *(mulcta)*, que segun los casos ascendia á diversas sumas, destinadas, parte á satisfacer al ofendido é indemnizarlo, y parte al comun ó al rey. En ciertos casos, sin embargo—al parecer, cuando los delitos podian turbar el órden público—, se permitia la *venganza* ó *talion (Rache)* (3), que llegaba hasta poder matar al agresor. Los parientes no estaban obligados á tomar parte, ni en la venganza, ni en la defensa (4), y hay que renunciar en absoluto á la opinion de que existía un derecho general de hostilidad, que supone un estado de libertad salvaje (5). Era una venganza especial la de la sangre, cuando ocurria un homicidio: pues la familia del muerto, y ante todo sus parientes consanguíneos, estaba obligada á

macion contribuyen las necesidades de la paz y las de la guerra, en cuanto llegan á confundirse el puesto de *príncipe* ó jefe del poder ejecutivo y el de *jefe de pelea*, y cuya consolidacion y robustecimiento favorece asimismo la invasion.—(A.)

(1) Los carlovingios concedieron tambien despues un voto al pueblo al fijar la sucesion; V. BETHMANN-HOLLWEG, p. 54.

(2) TÁCITO, 12.

(3) EICHHORN, I, §. 18.

(4) WAITZ, I, p. 209.

(5) WAITZ, I, p. 191.

vengarlo; si se contentaba aquella con que el delincuente pagase por vía de expiacion una determinada cantidad *(Wergelde, Manngelde)*, tenia éste que abonarla ante el comun (1), quedando su familia responsable al pago (2).

Estos rasgos fundamentales dejan ver una organizacion que corresponde á relaciones sociales muy senci-

(1) La existencia de la *faida (faehdh* guerra, enemistad, venganza) no puede ponerse en duda, pues sobre que TÁCITO dice: "hacer suyos, así los ódios como las amistades del padre ó del pariente, es una necesidad", su estado social, el espíritu guerrero y la solidaridad de la familia la explican fácilmente; y además es un hecho general en algunas tríbus, aun despues de la invasion, como sucedió entre los anglosajones antes de convertirse al Cristianismo. De aquí no se desprende que faltara todo vínculo social: puesto que la cobardía, la desercion y ciertos actos infames se castigaban con penas corporales y por el poder social, así como se castigaban otros, v. gr., el adulterio de la mujer, en el seno de la familia.

Por lo que hace al *wergeld* ó composicion, importa distinguir en él tres elementos: el rescate de la *faida*, esto es, la renuncia á ejercitar este derecho; la indemnizacion por el daño causado, y el *fredum*, que era, segun unos, una verdadera multa que se pagaba por aquellos delitos que turbaban la paz pública, como dice TÁCITO, y segun SUMNER MAINE, el importe de las costas causadas en el juicio. Así que cuando se trataba de un daño involuntario, no existia el primer elemento; del mismo modo que tampoco se daba despues de la invasion, si el lesionado era un romano, porque éste no tenia derecho á la *faida*.

Claro es que un estado de cosas en que el ejercicio de este derecho de venganza fuese lo normal y corriente, no podia durar; y por esto comenzaron desde muy pronto las limitaciones respecto del tiempo de su duracion, de las personas á que era lícito extenderlo, la forma y los medios, etc.; vino el talion á establecer cierta proporcionalidad; y vino, sobre todo, el *wergeld* ó las composiciones, verdaderos tratados ó pactos entre las familias, que garantizaban la paz, que contribuian á la decadencia de la *faida*, en cuanto excitaban el interés por la cantidad qne se recibia, y que ayudaron á desenvolver la idea del Estado, en cuanto esos contratos de paz y amistad, consentidos y jurados por las familias, hicieron necesarios los tribunales ó árbitros que entendieran en la declaracion de inocencia ó culpabilidad del reo, señalamiento de la composicion, etc., etc.—(A.)

(2) WALTER, §. 17.

llas y que debia trasformarse esencialmente en su carácter por la emigracion y la mezcla con elementos extraños (1).

---

(1) Roth, *o. c.*, p. 32, expone el carácter de la antigua constitucion germánica en los breves términos siguientes: "Los pueblos alemanes tenian antes de la emigracion, no sólo instituciones políticas, sino un régimen público tambien mucho mejor organizado que todos los pueblos antiguos y modernos del mismo grado de cultura. No es allí una casta noble, como en Roma, la que se arroga todos los derechos y privilegios propios del ciudadano, incluso el de la propiedad territorial, que la plebe, mucho más numerosa, necesita ir arrancándole uno por uno, y cuyo establecimiento prepara ya la ruina del Estado mismo, que así se organiza. No es tampoco el imperio de una plebe sin freno, como en Atenas, ni el de un regimiento de soldados feroces, como en Esparta, donde el pobre ilota sirve de diversion á los hijos de su dueño; no es por fin el despotismo ignominioso de los nómadas asiáticos, donde es el verdugo el funcionario supremo. La igualdad de derechos entre todos los hombres libres: esto es lo que constituye la base del Estado germánico. El noble no goza de privilegio alguno político, que no tengan los que figuran en otras familias; las autoridades, cuyo poder no es arbitrario, son elegidas libremente por la comunidad y responsables ante ella. Donde se muestra toda la eficacia de este régimen público, es en todos los asuntos de interés general: en la guerra, en la administracion de justicia, en las asambleas. Todo está penetrado por el principio de libre gobierno de cada cual por sí. Al modo que el indivíduo gobierna su familia, así la aldea se rige á sí misma, y lo propio la reunion de marcas y hasta el distrito, sin que por esto carezca esa múltiple organizacion de un centro comun. La asamblea nacional, formada por todos los hombres libres, es la cabeza suprema de toda la estirpe, y á ella toca la direccion del cuerpo social; su misma composicion hace imposible que se abuse del poder que representa, para menoscabar la libertad general."

"Es muy sábio, además, el modo como en ella se procede: no hay debates interminables, sino que propone la autoridad, y la asamblea acepta ó rechaza la propuesta. Por eso vemos que sólo entre las razas germánicas sucede la monarquía á la constitucion democrática, pero

SEGUNDA DIVISION.

Resúmen de la historia política y jurídica de Alemania, desde el establecimiento de las tríbus germánicas en el Imperio romano, hasta la época reciente.

Preliminar.

La sumaria ojeada que vamos á dar á la historia del derecho y Estado alemanes, en la cual nos fijarémos sólo en el curso del desarrollo y carácter predominante en cada período, segun se revela en los hechos más culminantes, se divide en *tres* épocas principales: primera, desde el establecimiento de las razas germánicas en el Imperio romano, hasta la

---

no por revoluciones sangrientas, ni por usurpacion, ni explotacion tiránica del poder, hecha por algun déspota violento, sino por el voto libre de los pueblos; ni fué la monarquía una autocracia vergonzosa, donde el *princeps legibus solutus est*, sino que el poder mismo del príncipe era una autoridad conferida á éste y que se fué elevando gradualmente á poder real. El sistema celta, por el contrario, que miramos deshacerse hoy á nuestros ojos y aun corromperse (?), siguió el camino opuesto.»

«Las causas que produjeron la trasformacion ulterior no radican, como en Roma, en la constitucion misma del Estado germánico. No las veo tanto en el regreso al sistema de las comunidades populares, que sólo pudo engendrar un aumento del poder real, cuanto en el influjo desgraciado que las instituciones romanas y celtas ejercieron en la vida social de los alemanes. Atacan éstas, por de pronto, al sistema germánico del derecho de bienes, y provocan un cambio completo en la distribucion de la propiedad territorial, de que son consecuencias inmediatas la supresion del estado libre y el nacimiento de una aristocracia desenfrenada y audaz, sediciosa contra sus jefes y brutal con sus vasallos. No fué su situacion insular, sino la expulsion de los elementos celtas y romanos, la que conservó relativamente libre y dichosa á la Inglaterra.»

separacion definitiva de Alemania del reino franco-occidental (888); segunda, hasta la fundacion de la paz pública permanente por Maximiliano I (1495) y tercera, hasta la disolucion del Imperio, en 1806; sólo por vía de apéndice aludiremos á la época siguiente, que no ha concluido aún.

Tres puntos deben distinguirse, tratándose de una Enciclopedia, en esta exposicion histórica: primero, las relaciones públicas; segundo, las fuentes del Derecho, y tercero, las relaciones jurídicas de carácter esencialmente privado (1).

PRIMERA SUBDIVISION.

RESÚMEN DEL DESARROLLO HISTÓRICO DE LAS RELACIONES DE DERECHO PÚBLICO.

Época primera.

(Desde la emigracion, hasta 888.)

Comprende esta época principalmente la inmigracion en las provincias romanas, las emigraciones de los pueblos, la fundacion de nuevos Estados germánicos y la union exterior de todos ellos en el continente, bajo Carlomagno.

§. 1.º—Ojeada á la historia externa.

Los germanos fueron, respecto del romanismo, los nuncios de un nuevo mundo de juventud y libertad y los elegidos de la Providencia como fundadores y órganos de un nuevo

(1) Intencionalmente me separo aquí del camino seguido en el derecho romano, porque la ojeada al desenvolvimiento de las relaciones de derecho público, á causa de la mayor importancia del asunto, tenia que ser algo más extensa y lo más sistemática posible. Aun en una ámplia exposicion de la historia del Imperio y su derecho, esta division (como por ejemplo, la ha hecho Zöpfl), tendria ciertas ventajas.

órden moral y jurídico. Los celtas (1) no podian infundir esa nueva sávia en las venas del lánguido cuerpo romano. Su vida política, especialmente en las Galias, habia caido en una completa disolucion, á pesar de su civilizacion precoz y á consecuencia de la ruina de la libertad comun y de las pretensiones de la nobleza y de la antigua clase sacerdotal. Se necesitaba la fuerza vírgen y reanimadora, inherente á aquella conciencia de la libertad y de la personalidad que inspiraba á las tríbus germánicas, para fundar, mediante otro principio de vida, un órden diverso tambien sobre las ruinas del antiguo. La necesidad de emigrar estas tríbus al Imperio romano fué creciendo contínuamente desde el año 113 a. de C., en que se oyó por vez primera en Italia el terrible grito de los cimbros y teutones; estas emigraciones han durado desde la venida de los cimbros hasta el establecimiento de los longobardos en Italia, esto es, unos siete siglos. Sus relaciones con los romanos, en parte amistosas, en parte hostiles, habian, sin embargo, sido causa de que penetrasen cada vez más en el Imperio.

Consideremos ante todo los hechos principales.

Ya, antes de las emigraciones, el amor á la guerra venia impulsando á algunos germanos—, entre quienes los habia, como Arminio, hijos de príncipes,—á entrar en el ejército romano; y aun ciertas tríbus, si bien manteniendo su indepen-

(1) Este proceso constante á los celtas y estas censuras, han de recibirse con prevencion, porque representan las antiguas hostilidades germánicas contra Francia. Precisamente, por lo mismo, procura ésta ahora rehabilitar su abolengo celta, rehusando tenerse por latina, ni por germana. Sobre esta tendencia, cada dia más preponderante entre nuestros vecinos, despues de la guerra franco-prusiana, V. el libro de MOUNIER, *Vercingétorix et l'indépendance gauloise*, París, 1875, así como la crítica que de este libro ha hecho M. A. RÉVILLE en la *Rev. des deux mondes* de 15 Ag. y 1.° Set. 1877.—(*N. T.*)

dencia, fueron acogidas en el Imperio, abandonándoseles á cambio de la obligacion del servicio militar, territorios en los cuales los colonos *(laeti dediticii)* gozaban de libertad personal y fundaron pequeñas comunidades con autoridades propias (1). Desde mediados del siglo III, hallamos germanos desempeñando cargos políticos romanos y aun las supremas dig-

(1) Los bárbaros alcanzaron, entre los romanos, una condicion jurídica muy distinta.

Unos, vencidos y sometidos, tuvieron la que tan enérgicamente expresa la denominacion de *dedititii* (que se entregan). Asimilados á los colonos, estaban, como ellos, sometidos á la capitacion *(tributarii)* y al servicio militar *(tirones)*; pero nunca perdian su carácter de extranjeros *(peregrini)*.

Venian luego los *foederati*, análogos á los aliados de Roma *(socii)*. Por la alianza que les daba orígen, libremente pactada, se obligaban á suministrar tropas auxiliares á Roma, constituyendo una especie de voluntarios, que prestaron servicio por primera vez á las órdenes de Julio César en la guerra de las Galias, fecha desde la que figuraron siempre los germanos en los ejércitos romanos. Conservaban sus instituciones, sus jefes y su libertad; y su único deber era, además de reconocer la soberanía de Roma, suministrar cierto número de soldados. El tercer grupo lo formaban los *laeti*, cuya condicion, no bien conocida, ha sido objeto de numerosas investigaciones. Eran éstos, bárbaros que formaban colonias militares, análogas á las de los veteranos, cuya obligacion de servir en el ejército era hereditaria de padres á hijos, y en recompensa de la cual recibian, como los veteranos, *terrae limitaneae*, que se hacian de su propiedad y cultivaban por sí, sin estar sujetos á la capitacion, ni al pago de cánon. Formaban una clase intermedia entre las dos anteriores, con las que han sido confundidos por algunos.

Por último, los *gentiles* son para unos, como Gaupp, el término genérico que aplicaban los romanos á todos los bárbaros colonizadores, y una de cuyas especies eran los *laeti*; para otros, son una misma cosa con éstos; y Léotard establece algunas diferencias en razon del nombre de la raza, de la fecha en que fueron admitidos y hasta de los lugares en que fueron acantonados; pero reconoce que no era su condicion jurídica distinta de la de los *laeti*. Véase el *Ensayo sobre la condicion de los bárbaros*, etc., citado más arriba, de M. T. LÉOTARD.—(A.)

nidades del Imperio (1). Príncipes germánicos, como el vándalo Estilicon, tutor de Honorio (395), y el suevo Ricimero, obtienen gran poder; pero no lo usan todavia para apoderarse de la soberanía, hasta que al cabo el príncipe de los hérulos, Odoacro, depuesto el emperador (476), concluyó con las apariencias. El Imperio se hallaba hartò más disgregado y fraccionado interiormente de lo que lo fué por la violenta conquista de los germanos. Sin embargo, no dejaron de luchar un pueblo con otro. Desde la insurreccion de los batavos, bajo Cláudio Civil, contra los romanos (70 de C.), hubo paz en todo el Imperio, hasta la guerra llamada de los marcomanos: guerra cuyo orígen no se ha explicado suficientemente, apaciguada por Cómodo (180 de C.) y que parece haber dado ocasion para que las varias tríbus pequeñas perdiesen sus nombres y se unieran en troncos y confederaciones mayores, como (hácia 213) lo hicieron especialmente los alemanes y poco despues los francos, en las dos ramas, sálica y ripuaria, así como los sajones (primera vez nombrados por Ptolemeo) y los godos.

La emigracion, con todo, iniciada en 374 por los hunnos mongólicos, que primeramente cayeron sobre los alanos y luego sobre los dos reinos góticos, fué la que condujo á la fundacion de nuevos Estados germánicos en el Imperio romano, los que, á su vez, se disolvieron por diversas causas y singularmente por no haber sabido mantenerse en viva rela-

(1) "La influencia de los bárbaros, dice M. Léotard (*a*), durante toda la mitad del siglo IV, fué grandísima. En todas partes estaban: habian invadido sucesivamente el ejército, la magistratura, las córtes, los consejos del Príncipe; y se les podia aplicar lo que un siglo antes habia dicho Tertuliano de los cristianos: "somos de ayer y todo lo llenamos, vuestras casas, vuestros palacios: ¿dónde penetrais, que dejeis de encontrarnos?"

(*a*) Obra citada, cap. VII.

cion con el gran todo germánico, como habia acontecido á los francos en las Galias (1).

Mayor importancia permanente para la historia universal

(1) Los visigodos, á consecuencia de la irrupcion de los hunnos, fueron recibidos por el emperador Valente (375) en la Mesia y Tracia, en recompensa de la promesa de servirle en el ejército y abrazar la religion cristiana. Pronto atravesaron el Imperio de Oriente y el de Occidente y recibieron aquí (419) la Aquitania para establecerse, pero ensancharon su reino tanto que, bajo Eurico (466-483), se extendieron al Sudeste de la Galia y casi por toda España.

En Italia, Odoacro, elegido rey por los mercenarios germánicos, que en vano habian reclamado para sí un tercio del suelo itálico, puso fin al Imperio romano de Occidente (475), mas reconociendo al emperador de Oriente Zenon como soberano de Oriente y Occidente, y contentándose con el título de patricio y el gobierno de Italia. Pero el nuevo reino fué destruido por los ostrogodos (493).

Estos, algunas de cuyas tríbus habian pasado á Tracia (427) y otras habian caido bajo el dominio de los hunnos, se reunieron á poco, disuelto el imperio de éstos, bajo el rey Teodorico (481) que, adoptado como hijo por el emperador Zenon, venció en Italia á Odoacro y fundó un reino que se extendia por Italia, sobre los Alpes nóricos y réticos y una parte de la Galia meridional. Pero Justiniano restableció en Italia el Imperio de Oriente y su legislacion.

Los burgundiones (*Burgmänner?*—hombres rurales), que despues de varias correrías por los países del Oder, del Vístula y del Danubio y de haber ocupado sucesivamente diversos lugares del Imperio romano, habian obtenido (443) la Saboya para establecerse en ella, dividiéndola con los habitantes del país y extendiéndose desde aquí por el Sudeste de la Galia, fueron sometidos por los francos en 534.

Los longobardos (*Langbärte*—barbas largas), desde el Elba inferior emigrados al Danubio, entraron en Italia al mando de Alboino, despues de 568, como verdaderos conquistadores, extendiéndose casi por todo aquel pais, en el espacio de un siglo, hasta que Carlomagno (774) puso fin á su dominacion.

Los vándalos y suevos, así como los alanos (de orígen germánico), vinieron sobre el Rhin (406) y atravesaron la Galia meridional hasta llegar á España, de donde los primeros se extendieron al Norte de Africa (429), siendo allí vencidos por Belisario, general de Justiniano (533). Los suevos fundaron un reino en España (411-585) hasta caer bajo la dominacion de los visigodos.

Los anglios y sajones prepararon desde 449 la conquista de Breta-

ofrecen otros dos pueblos germánicos, los sajones y los francos: los primeros, tanto por la conquista de la Bretaña, como por haber conservado con la mayor firmeza en el interior el carácter y la vida de su raza; y los segundos, á causa de la mision exterior que por la dominacion ejercieron, uniendo á tríbus germanas y romanas y asociando entre sí á las primeras en círculos mayores. Aquí sólo consideraremos al pormenor los francos.

De los francos sálios procedieron las conquistas que produjeron la fundacion del gran reino de los francos. Estos, habitantes del Isel holandés, súbditos de los romanos por largo tiempo en el siglo IV, arrojaron el yugo en el V y fue-

---

ña por los germanos, en la cual tambien tomaron parte posteriormente los jutos.

Los dos diversos modos de fundarse los Estados germánicos en el Imperio, á saber, por colonizacion permitida (que fué lo más frecuente) y por conquista, no dejaron de influir sobre las relaciones políticas de los germanos y romanos entre sí y sobre el modo de distribucion del territorio. Con efecto, en el primer caso, la relacion del romano al dominador germano era más suave: conservaba su libertad y aun su propiedad, salvo la cesion de un tercio (Odoacro) ó dos (borgoñones (*a*), visigodos); mientras que los longobardos procedieron violentamente, destruyeron la organizacion municipal romana y redujeron á los romanos, aunque dejándoles la libertad, á la condicion de colonos; y sólo despues las diversas clases de longobardos y de romanos (los arimanes ú hombres libres, obligados á servir en el ejército *(Heerbann)*, los semi-libres ó aldiones, los emancipados ó manumitidos y los siervos) vinieron á fundirse con las clases correspondientes de los romanos en nuevas clases comunes, fusion especialmente favorecida por la conversion de casi todos los longobardos á la Iglesia católica desde Ariberto (651).

(*a*) Los borgoñones, segun Davou-Oghlou, tomaron un tercio de los esclavos de los vencidos y dos tercios de las tierras; luego, segun fueron llegando nuevos borgoñones, tomaron sólo la mitad de las tierras y nada de los esclavos.

Los visigodos tomaron para sí dos tercios *(sortes gothicae)* y dejaron el tercio á los vencidos *(tertia romanorum)*. En cuanto á los lombardos, al paso que unos afirman que fué suave su dominacion, otros dicen que redujeron á los vencidos á la más dura esclavitud; y de igual manera hay quien sostiene que dejaron toda la tierra á los vencidos, y quién que percibian la tercera parte de los frutos.—(A.)

ron extendiéndose gradualmente hasta el Soma (445). Los francos ripuarios habian fundado en el siglo V un reino, cuya capital era Colonia y con el cual mantenian relaciones los francos del interior de Alemania. El rey de los sálios, Clodoveo I *(Chlodowech, Ludwig; Clovis, Louis)*, fué quien fundó, ante todo, la dominacion de los francos en la Galia, sujetando asimismo á los ripuarios.

En efecto, despues que Childerico, hermano del rey Meroveo *(Merweg)*, considerado como el fundador de la dinastía de los francos, hubo reducido al lugarteniente romano Siagrio á una pequeña comarca, su hijo Clodoveo (481-511), despues de vencer y dar muerte á Siagrio, extendió su dominio hasta el Loire y el Ródano, trasladó su residencia, primero, á Soissons (capital luego de la Neustria) y despues á París y venció á los alemanes en la batalla de Zulpich (496), en la cual, siendo todavia dudoso el éxito, hizo voto de abrazar el Cristianismo; recibiendo el bautismo despues de la victoria con más de 3.000 francos y afirmando de esta suerte su dominacion en las Galias, cuyos habitantes y clero eran ya católicos. Arrebató al visigodo Alarico, arriano, todo el territorio hasta el Garona (507), habiendo reducido anteriormente (500) al rey de los borgoñones, Gundobaldo, á la condicion de tributario suyo; y, despues de concluir, por último, á favor de la traicion y del asesinato, con los príncipes de las demás tríbus francas, se erigió en rey de todas.

Grande importancia tendria conocer el modo de establecerse los francos en las provincias romanas. Por desgracia, este punto se halla envuelto en la oscuridad y hasta faltan noticias sobre si emprendieron para este fin una distribucion del territorio y en qué forma (1). Sin embargo, se pue-

(1) Sobre las diversas opiniones relativas á este punto, V. ROTH, *Sistema beneficial (Beneficialwesen)*, p. 64, etc. Así como WALTER, §. 49.

de distinguir la zona que poseyeron antes de Clodoveo, y en la cual probablemente se guardaron ménos consideraciones á la poblacion romana, arrebatándoles los terrenos, á medida que los necesitaban, y las comarcas conquistadas por Clodoveo y en las cuales el trato fué más suave y sólo se apoderó el Erario de los bienes de la corona, los terrenos abandonados y los confiscados, ciertamente en gran porcion: aplicándose todo ello, en parte, al establecimiento de los francos.

Muerto Clodoveo, dividióse el reino varias veces, volviendo á unirse bajo Clotario I (558) y Clotario II (613-622). Los dos inmediatos sucesores de Clodoveo prosiguieron tambien su obra de conquista contra los turingios, borgoñones, alemanes y bávaros, adquiriendo asimismo algunas tierras sajonas. Pero, despues de Clotario, la debilidad y maldad de los soberanos trajeron consigo la decadencia del poder real. El gobierno vino poco á poco y de hecho á parar á manos de los mayordomos de palacio *(majores domus)*, cuyo poder favorecieron la envidia de los otros pueblos germánicos y la aspiracion de los grandes y duques á hacerse independientes del monarca merovingio. Sólo aparecen en la escena sombras de reyes, cuya vida se distingue por la inmoralidad, el asesinato, la guerra civil y la imbecilidad, «los reyes haraganes,» hasta que desaparece en realidad la monarquía merovingia, cuya caida preparada por Pipino de Heristal y su hijo bastardo Cárlos Martel que, por su victoria sobre los sarracenos (732), salvó en Europa al Cristianismo y el germanismo, fué concluida por su hijo Pipino el Breve, que de acuerdo con los deseos de los príncipes y con aprobacion del Papa, fué elegido rey en la asamblea nacional de Soissons (753), y ungido por Bonifacio, despues de destronado el último rey imbécil Childerico, que fué encerrado en un convento. De esta suerte, llegó al trono de los francos la dinastía

de los carlovingios, así llamada en honor de Carlomagno. Y la elevacion de esta nueva estirpe real nacida de la Austrasia, país germano-franco, se ha considerado con razon como una segunda victoria del principio germánico.

Carlomagno (771-814), hijo de Pipino, ha alcanzado su grandeza é importancia en la historia universal, por el grandioso fin, tenazmente proseguido, de fundir en una superior unidad todos los elementos étnicos y éticos de la vida que influian sobre el Imperio y de enlazar con el presente las tradiciones del pasado. Así, bajo el aspecto étnico, unió á todos los pueblos alemanes (con excepcion de los anglo-sajones y de los restos góticos de Astúrias), convirtiendo el reino de los longobardos en provincia francesa (774) y llevando á cabo, despues de 32 años, la sumision de los sajones que, por el tratado de Setz (803), aceptaron la soberanía de los francos y el Cristianismo: de suerte que, despues de la fundacion de la Marca oriental (de la cual se formó luego el Austria), los dominios de Carlomagno alcanzaron una extension desde el Eider hasta el Tiber y desde el Ebro hasta el Elba y el Raab. Y en cuanto á lo espiritual, procuró infundir en los pueblos germánicos todos los factores de la cultura, fundando instituciones de enseñanza. El punto culminante de su gobierno fué el de la renovacion del Imperio romano, habiéndolo coronado el Papa Leon III, conforme á su deseo, el dia de Noche-buena del a. 800: con lo cual, el mundo romano y el germánico se enlazaron tambien exteriormente, fundándose un vínculo íntimo entre la potestad eclesiástica y la secular, al propio tiempo que esta union con el Occidente decidió la separacion de Roma del Imperio bizantino.

A la muerte de Carlomagno (en Aquisgran, en 28 de Enero de 814), degeneró bien pronto su estirpe. Su hijo Ludovico Pio (814 á 840) no pudo mantener en vigor, por la resistencia de sus hijos, un estatuto de division del Imperio,

en virtud del cual, á su muerte, su hijo mayor Lotario tendria el Imperio, y Pipino y Ludovico gobernarian con título de reyes las comarcas que heredasen. A su muerte, se alzaron los tres en guerra, que terminó por el tratado de repartimiento de Verdun (843), en que á ninguno se concedia el Imperio. No concluyeron con esto las divisiones y siguieron haciéndose por sus descendientes. Todo el territorio del antiguo Imperio se reunió todavia por breve tiempo en el reinado de Cárlos el Gordo, destronado el cual, por la Dieta de Tribur (887), y muerto (13 de Enero de 888), se disolvió para siempre el Imperio de los carlovingios; comenzando un reino aleman independiente con Arnulfo.

Aunque Francia y el Imperio germánico han permanecido desde entonces exteriormente separados, forman, sin embargo, en la historia, como supremos representantes y custodios de la cultura moderna, una unidad superior (1); de tal modo que, por una parte, han tenido una marcha análoga en su desarrollo (feudalismo), una participacion comun en grandes sucesos de la historia universal (Cruzadas) y evitado en varios sentidos los peligros con que amenazaban á las costumbres europeas otras razas extrañas (árabes, turcos, magyares, eslavos); mientras que, por otra parte, han tenido lugar entre ambos pueblos íntimas influencias, acciones y reacciones (centralizacion monárquica y estado federativo; catolicismo y reforma). Así como el protestantismo en Alemania fué decididamente protegido, merced á razones políticas, por el poder fortalecido en Francia, así tambien, á su vez, las ideas de libertad desarrolladas por aquel movi-

(1) La opinion sobre la superior unidad histórica de los pueblos romanos en general (no sólo Francia) con los germánicos, la ha desarrollado por vez primera Ranke en una de sus primeras obras: *Historias de los pueblos germánicos y latinos desde* 1494 *á* 1535 *(Geschichten der Germann. und Roman. Völker)*, insistiendo en ella despues frecuentemente.

miento religioso, despues de haber arraigado en el órden político en Inglaterra, ejercieron, desde este pueblo, considerable influjo sobre el desenvolvimiento de las ideas y los partidos franceses. La revolucion francesa, asimismo, dió á Alemania el más poderoso impulso para destruir las relaciones feudales y de servidumbre y para fundar una verdadera ciudadanía política, como para fortificar el poder del Estado, y produjo, por la mediatizacion llevada á cabo en tan grande escala, las condiciones territoriales de una mayor centralizacion política. Por el contrario, Francia, desde la restauracion, ha recibido importantes influencias intelectuales por parte de Alemania en filosofía, historia, ciencia del Derecho y bella literatura; hallándose ambos pueblos destinados, conservando sin duda la originalidad que de su propio carácter nacional resulta, á compensarse cada vez más, aun en el aspecto político, aquí, por el aumento del poder central, allá, por la reanimacion y fortificacion de los miembros.—La raza eslava, destinada á ser la tercera en esta alianza, necesita ante todo adquirir, por medio de su educacion interna, la aptitud exigida para una accion útil y eficaz en lo exterior.

§. 2.—Principales modificaciones producidas en la vida de los pueblos germánicos á consecuencia de su establecimiento en el territorio romano.

Por lo que toca á la colonizacion, debemos apartarnos de la antigua teoría (1), completamente refutada por las nuevas investigaciones, que la consideraba como obra de los pa-

(1) La refutacion de este error, de graves consecuencias, y que ha difundido una falsa luz sobre la organizacion política exterior que siguió á las inmigraciones de los pueblos (comp. §. 3), ha sido primeramente obra de SYBEL, *o. c.* 13, WAITZ, I, 141, etc., y más extensamente de P. ROTH, *Sistema beneficial (Beneficialwessen)* p. 22-41.

tronatos (1). Aunque éstos puedan á veces haber dado el impulso y preparado el camino, no proceden sin embargo de ellos, única ni aun principalmente, las guerras de invasion; sino, como los ejemplos de César y Tácito lo muestran, de tríbus enteras. Ni las tropas auxiliares germánicas que han tomado parte en las empresas de otras razas han sido tampoco establecidas por aquellos cortejos, sino por las tríbus mismas; ni, por último, dichas tropas auxiliares han sido meros patronatos (2) en el ejército romano. De aquí nace, ante todo, la importante consecuencia de que, así como la antigüa vida nacional de los germanos, retratada por Tácito, revela un órden político bien constituido, en el cual los patronatos se hallaban subordinados á las comunidades, así tampoco éstas, ó los jefes de banda (segun frecuentemente se expresan Guizot y otros escritores franceses), han fundado los nuevos Estados, ni determinado su carácter.

La más importante mudanza se produjo por la adopcion del Cristianismo, que los germanos conocieron por su contacto con el Imperio romano (3). Pero se necesitaron casi

(1) V. p. 228.

(2) Adoptamos la palabra *patronato*, en equivalencia de *comitatus*, que expresa séquito, acompañamiento, escolta..... (V. p. 242), por guardar la posible conformidad con el tecnicismo ya desde antiguo establecido en el derecho pátrio. Las cuatro leyes del tít. III, lib. V, del *Fuero Juzgo*, que, por llevar en varios autorizados códices la nota de *antiqua*, se reputan procedentes de la primitiva ley de los visigodos, denominan PATRONO (..... "*sed seddat omnia* patrono".....), al caudillo á quien se unian otras personas,—*bucelarios* ("*Quod si* bucellarius *filiam tantummodo reliquerit*".....),—para ayudarle en la lid. En la edicion romanceada se ha llamado "sennor" y, acaso con más propiedad, "padron" al jefe y "vasallos" y "sayones" á los subordinados.—(*N. T.*)

(3) Ya en el Concilio de Nicea (325) habia un obispo (*a*) godo (GIESELER, *Historia del Concilio*, I, 617). La traduccion de la Biblia de ULFILAS (360-380) gozó de autoridad decisiva (*b*). Posteriormente, co-

(*a*) El obispo Teófilo.—(A.)

(*b*) El *Codex argenteus*.—(A.)

cinco siglos para quebrantar el poder del paganismo germano. Difícil fué, adoptada la nueva religion, introducir, no sólo los usos y ceremonias externas, sino las costumbres cristianas. Todos conocen la corrupcion, no ya de los reyes y de los grandes, sino tambien del clero de las Galias en la época de los merovingios. Pero, á pesar de tantos ministros indignos, el espíritu cristiano penetró cada vez más en la vida jurídica (1). El matrimonio alcanzó superior dignidad. El derecho del padre germano de exponer en ciertos casos á sus hijos recien nacidos no pudo corregirse (señal de cuán extendida y profundamente arraigada se hallaba esta inmoralidad), sino designando ciertos lugares, como los átrios y dinteles de los templos, donde la piedad cristiana pudiera mover á alguien á recogerlos, hasta que algunos reyes concluyeron por castigar la exposicion como un delito igual al infanticidio. Y todavia fué más difícil hacer valer el principio cristiano de la libertad de todos los hombres, fundada en Dios, y contrapuesta á la esclavitud, que sólo pudo suavizarse y disminuirse facilitando la manumision. Por último, cuando despues el derecho penal, merced al incremento del poder real, se hizo más extenso y riguroso, especialmente en las Galias, la voz de la religion, como lo habia hecho ya en otro tiempo bajo los emperadores romanos (2),

---

menzó la conversion de las tríbus germánicas en las islas británicas, propagándose desde allí á la Alemania propiamente dicha, especialmente por Wifredo-Bonifacio, que tenia en cuenta el elemento religioso, poniendo término á todo la sangrienta conversion de los sajones por Carlomagno.

(1) V. las sumarias indicaciones que sobre este punto hace GENGLER en su discurso académico: *Sobre el influjo del Cristianismo en la antigua vida jurídica de los germanos (Ueber den Einfluss des Christenthums auf das altgermanische Rechtsleben)*, Erlangen, 1854.

(2) Véase, sobre este punto, el interesante libro de D'Espinay: *Del influjo del derecho canónico en la legislacion francesa* (fr.).—(A.)

exhortó á una mayor dulzura, poniendo á la vista el fin de la enmienda (1).

Una gran alteracion se verificó en la vida política de los germanos por lo que toca á la situacion de la monarquía. Los reyes de Tácito no ejercieron en la paz poder alguno independiente y de importancia (2). Pero, ahora, se extendió grandemente ese poder, á lo cual cooperaron varios elementos influyentes.

La larga duracion del mando de las tropas, durante las emigraciones de aquellos pueblos, les habia acostumbrado á mayores derechos, propios de la guerra; y la propiedad territorial que por la conquista les tocó en suerte, aumentó su importancia. Pero, sobre todo, las discordias de los pueblos fueron las que los indujeron á intentar extender tambien sobre los germanos el duro imperio que sobre los romanos ejercian, lo cual se verificó con mayor rapidez en las Galias, donde los francos se hallaban más aislados. Añádase el influjo de la alianza con Roma y el apego á las formas del Estado romano (3). Por último, la Iglesia comenzó á aplicar á los reyes germanos las ideas de la Sagrada Escritura acerca de la autoridad: ideas que, ante todo, sirvieron, más que para realzar el superior valor moral del poder régio, para aumentar su fuerza. Ahora bien, el pueblo, á consecuencia de un trato

(1) Así se dice en el antiguo derecho nacional de los bávaros: "ningun delito ha de estimarse tan grave, que no pueda perdonarse al culpable la vida por vía de gracia, por amor de Dios y veneracion á los santos; pues el Señor mismo ha dicho: "quien perdona, perdonado será, y al que no perdona, no se le perdonará.""—V. el discurso ya citado de GENGLER, p. 15, y la *lex Bajuv.*, tít. I, c. 7, 3.

(2) GENGLER, *o. c.*, nota con acierto que sólo eran reyes provinciales *(Gaukönige)*; sin que en el desarrollo de su poder avanzaran un poco más allá del de los jefes de los antiguos municipios ários entre los indos, adornados con el título de *Vicpati*, y cuyo tipo se conservó ciertamente en la monarquía germana.—Comp. p. 269, nota (2), t. I.

(3) WAITZ, II, 128-143.

desconsiderado, fué perdiendo más y más cada vez la conciencia de su libertad y traspasó, como los reyes, los límites de su derecho. Con el incremento del poder real y aun con el fin de consolidarlo, comenzó en varias partes á escribirse y mejorarse el Derecho (Eurico, Clodoveo, Gundobaldo). El rey, y no la asamblea del pueblo, es ahora el que aparece como cabeza de éste, decide sobre la paz y la guerra, lo representa en el exterior y nombra y separa las autoridades, así eclesiásticas como civiles. Especialmente en la esfera penal y en la administracion de justicia, se extiende mucho su poder, haciéndose señor de la vida de sus súbditos y sucumbiendo el principio germánico de la inviolabilidad de la vida del hombre libre, aun en los más graves casos de homicidio. Donde en otro tiempo ejercian el poder director representantes elegidos, ahora lo ejercen sus empleados; y la proteccion popular se trasforma en proteccion real y se extiende ahora aún sobre todas las instituciones eclesiásticas en el *mundium* ó *mundiburdium* real, acertadamente traducido en Francia por *mainbornie* (1).

La antigua nobleza germánica, que Tácito creia poco numerosa, pereció en las guerras de la emigracion; conservándose sólo algunos restos en los dos ducados de Alemania y Bayuvaria (Baviera). Por el contrario, formóse una nueva nobleza del cortejo especial del rey y de las dignidades de la córte (ministeriales); pero, así como Tácito refiere ya de los reinos que conocia que en ellos el favor del rey hacia subir á

(1) V. §. 5.—La palabra *mundium*, que, segun Grimm, *Antig. jur. alem. (D. R. A.)*, 447, en el antiguo aleman alto es *munt*, y en el bajo *mund* (y en uno y otro femenino), esto es, mano *(Hand)*, parece, sin embargo, haberse confundido ya en lo antiguo con *Mund* (boca): pues ya la *Lex Salica* (en cuatro textos citados por Pardessus) la traduce por *verbum*. Así, tít. xiv, §. 5.°: "si vero puella quae trahitur, in *verbo* regis fuerit;" análogamente por *sermo*, como *l. sal.*, tít. lix: "extra sermonem ponere" (proscribir).—Comp. Zöpfl, ii, 2, p. 105.

los emancipados sobre los hombres libres y sobre los nobles *(ibi enim liberti super ingenuos et super nobiles ascendunt)*, así tambien podian ahora los siervos llegar en el servicio del rey á las más altas dignidades. De estos servidores reales se constituyó principalmente la nueva nobleza.

Muy perjudicial fué el influjo de las condiciones de la agricultura en el Imperio romano y especialmente en las Galias, donde destruyeron, ante todo, la antigua organizacion de los francos, obrando luego tambien sobre Alemania (1). *Latifundia perdidere Italiam* (2), dice Plinio; pero tambien desde las Galias han disuelto toda la organizacion germánica territorial y social. El estado germánico descansaba sobre la division de la propiedad del suelo, de tal modo, que cada familia libre podia vivir de su porcion. El principio de la inalienabilidad de la propiedad familiar, junto con el derecho de todos los hijos á igual porcion de la herencia, impedian la formacion de grandes patrimonios. De otro modo se habian organizado estas relaciones en las Galias, en época anterior. Ya en tiempo de César se hallaba dividido el poder entre la nobleza y el clero; el hombre de orígen libre no gozaba de independencia política, y aun en el respecto del derecho privado, venia á parar las más veces á la condicion de deudor. El Imperio romano quebrantó la supremacía política de aquellas dos clases; mas empeorando la situacion del estado comun: pues, á la dependencia en que se hallaban respecto de los grandes terratenientes, añadió la opresion de los nuevos tributos, que obligaron á los pequeños propietarios á caer en la condicion de colonos. Así, la conquista de los francos halló concentrada ya la propiedad en latifundios; y si la mayor parte pasó á otras personas, hizo tam-

(1) V. especialmente ROTH, *o. c.*, p. 103.

(2) Plinio dice que todo el territorio que Roma tenia en Africa pertenecia á seis propietarios.—(A.)

bien con esto nuevos progresos la concentracion; ora, por las ricas donaciones á la Iglesia, que hicieron de ésta el primer propietario de las Galias; ora, porque los grandes francos, para no quedar por bajo de los propietarios romanos, procuraron adquirir á su vez grandes terrenos por el favor del rey y aun abusando del poder de sus cargos y oprimiendo de muchas maneras á los débiles. En tiempos de Cárlos Martel, se habian ya desenvuelto tanto estas relaciones, que la clase de los hombres libres, sobre la cual descansaba el antiguo Estado germánico, vino á perderse irremisiblemente; naciendo una nueva nobleza, que dominó á aquellos cuyos derechos antes habian sido iguales. Estas modificaciones no son, pues, producto del desenvolvimiento de la vida germánica, sino ante todo de las condiciones de la propiedad territorial en las Galias. Sobre ellas, como substrato material, se construyó el sistema beneficial, que se trasformó luego en el feudalismo. Desde las Galias, se extendieron todas estas relaciones á los países unidos con ella por la confederacion política de los francos. Pero lo que en las Galias habia nacido debia tambien destruirse por superior decreto, principalmente en Francia, cuando su primera revolucion.

§. 3.—Relaciones públicas del período merovingio.

Las relaciones públicas de este período deben reducirse á los siguientes rasgos capitales, rectificando la idea, dominante en otro tiempo, que hacia del patronato la base del vínculo del Estado (1). Habia un vínculo de sumision gene-

(1) Comp. p. 414.—Esta opinion, que en los tiempos modernos ha desenvuelto Eichhorn, siguiendo á Montesquieu y procurando ponerla en concordancia con las nuevas noticias y hechos, por medio de agudas distinciones, ha sido atacada por vez primera y en sus principales puntos por Waitz (*Historia constitucional de Alemania—Deutsche Verfassungsgeschichte*, t. I y II) y refutada en todas sus

ral, que obligaba á romanos como á germanos para con el rey, el cual, fortalecido por el juramento de fidelidad (leudesamio), que todos los súbditos sin distincion de clase ni de

---

partes por P. ROTH en su *Historia del sistema beneficial (Gesch. des Beneficialwesens*, 1850). A estos escritores, y especialmente al último, se refieren los modernos historiadores generales y del derecho, sobre todo WALTER, como tambien LEO en sus *Lecciones sobre la Historia del pueblo aleman (Vorles. über der G. des d. Volks*, t. I, 1854, p. 380) y HILLEBRAND en su *Tratado de Historia política y jurídica de Alemania (Lehrbüch der d. Staats-und Rechtsgeschichte*, 1856, p. 37 y 103). La antigua opinion ha deslumbrado por la sencillez de sus fundamentos. Parecia existir una conexion histórica natural entre los *comites* de Tácito y las relaciones de *patronato* de los tiempos posteriores; prefigurándose de esta suerte, ya desde los primeros comienzos, la última perfeccion del sistema beneficial y feudal. Pero se muestra tambien aquí que, como acontece en las relaciones generales de la vida, así tampoco las históricas pueden construirse con sólo algunos elementos parciales. Un importante resultado de las modernas investigaciones es además el reconocimiento de que el feudalismo no debe considerarse como un desenvolvimiento necesario de las antiguas bases germánicas. V. ROTH, p. 106 (*a*).

(*a*) Pueden buscarse precedentes al feudalismo francés en las costumbres é instituciones romanas (*praedia militaria, terrae, limitaneae*, colonato, enfitéusis, *servus adscriptus, beneficia*) que presentan al gran propietario romano, rodeado de numerosos esclavos, siervos, colonos, clientes y libertos, ejerciendo en sus dominios una especie de soberanía, haciendo la guerra á sus vecinos, levantando ejércitos y fortificaciones, manteniendo guerras privadas, etc.; y puede hasta buscarse alguno entre los bretones, cuyos jefes nobles luchaban á la cabeza de sus vasallos y clientes, como los galos en tiempo de César; pero á nuestro juicio no puede ponerse en duda que, siendo en mucho obra de las circunstancias el feudalismo, su precedente manifiesto y directo está en las instituciones germanas. La autoridad de los reyes merovingios, mezcla de la germana y la romana; los *grafiones*, gobernadores de las ciudades, que juraban fidelidad al rey; los derechos que los señores galo-francos tenian respecto de la justicia, de la guerra, de los impuestos y de la moneda; el servicio militar; las guerras privadas; los impuestos fiscales, muchos de ellos orígen de los de la Edad Media; el patronato de los señores sobre sus clientes, fundado en el vasallaje militar, con la obligacion del servicio de las armas, el juramento y la fidelidad; los beneficios, fundamento indudable de los feudos, hasta el punto de confundirse por muchos; el colonato, la servidumbre y las tierras censales, etc., etc., todo muestra cómo esta época es de verdadera transicion entre las instituciones germanas y el feudalismo. Claro es que si éste presenta caractéres tan extraordinarios, que segun Montesquieu, es un hecho que no se habia de repetir ya más, y segun Sumner Maine, es como una interrupcion en la historia del derecho, ha de tener necesariamente mucho de propio. Lo único que afirmamos es que su gérmen principal está en las costumbres germanas. Véase *El feudalismo* y el *Derecho civil francés* de D'Espinay. Saumur, 1862.—(A.)

nacionalidad tenian que prestar al rey. Entre los merovingios, no habia patronatos privados. El deber de seguir al rey en el ejército, cuando aquel les llamase, se extendia de igual modo á todos los hombres libres, sin excepcion. Tenia, sin embargo, el rey un séquito especial, cuyos miembros estaban más cerca de él que los demás súbditos libres y que puede compararse, por una parte, á los *comites* de Tácito y, por otra, á los vasallos posteriores de los tiempos carlovingios. Estos son los *antrustiones*, que prestan al rey un juramento especial de fidelidad, pero que se distingue del juramento general, no en su contenido, sino en la forma de prestarlo (en manos del rey). Los antrustiones no eran los antiguos cabezas de familia (como antes se creia), sino elegidos por el rey y con el libre asentimiento de los interesados, entre los diversos pueblos francos, romanos y letos. El fundamento del antrustionado parece haber sido la *trustis dominica* (1), la defensa especial del rey, la cual trajo consigo la triplicacion del *Wergeld*, cosa tanto más natural, cuanto que los antrustiones mantenian una relacion personal con el rey. Eran su córte en la paz y su séquito en la guerra, vivian en palacio, desempeñaban en parte oficios palatinos y se hallaban destinados á servicios especiales.

Las condiciones personales eran diversas, segun la nacionalidad, en las dos tríbus de los francos, en las demás de orígen germánico y en los romanos. Entre los primeros, habia: 1.°, hombres libres, entre los cuales sobresalian, en las más de las tríbus, algunas estirpes *nobiles*, por la gran propiedad territorial y por el mayor *wergeld;* 2.°, semi-libres ó litas, que no deben confundirse con los leudes; 3.°, los no-libres *(servi)*, que servian de criados, desempeñaban los oficios manuales y, en las grandes posesiones, los empleos, que

(1) *Trustis* puede bien derivarse (como hace Leo, *o. c.*, p. 391) del gaélico *trus*, vigilancia, tropa de guardia.

diríamos, de casa y córte. Los francos habian hallado en las Galias una doble poblacion: 1.°, los provinciales, que en costumbres, lengua y derecho, se habian hecho completamente romanos, y 2.°, los letos, pertenecientes á tribus bárbaras que habian sido bien recibidos, permitiéndoseles establecerse á cambio de la obligacion del servicio militar *(Laeti Franci, Suevi, Nervii,* etc.*)* Los últimos, habiendo conservado el carácter de su raza, fueron admitidos en el reino sálico, y los otros añadidos á la gran masa de los provinciales. Entre éstos, como entre los francos, se distinguian: 1.°, el romano libre *(Romanus possessor)*; 2.°, el romano recibido en la defensa del rey *(Romanus conviva regis)*, y 3.° y último, el colono, análogo á los litas francos, y denominado *Romanus tributarius*. Romanos y germanos, iguales en las más de las relaciones, pronto se mezclaron entre sí; y en las capitulares de Carlomagno, ya no se hace mencion especial de los romanos, sino que se les comprende bajo la comun designacion de *Franci*, así como en la de *Rachimburgi* (completamente libres y como formando parte de los tribunales.)

Especial importancia tiene la cuestion tocante á la naturaleza de las concesiones de territorios que los merovingios hicieron de su dilatado patrimonio de la corona (1): si en ellas se otorgaba sólo una posesion limitada y revocable, verdaderos beneficios (Montesquieu, Eichhorn y otros); ó propiedad, siendo, por tanto, donaciones (Roth), ó por último, ambas cosas á un tiempo (Guizot, Pardessus, Laferrière). La primera, y todavia usual opinion, constituye la verdadera clave del edificio construido sobre la hipótesis de los patronatos, suponiendo que la entrada en éstos llevaba aneja una concesion de bienes de la corona. Pero no limitándose de modo alguno tales concesiones, al séquito particular del

(1) V. especialmente Roth, p. 203.

rey, á los antrustiones, no son en su mayor parte, de seguro, sino verdaderas donaciones (1), y no, por consiguiente, beneficios. Lícito es afirmar que, aun en el caso en que pudiera demostrarse con seguridad y en gran número la existencia de concesiones no hereditarias y condicionales, el verdadero sistema beneficial data de los carlovingios únicamente, bajo los cuales se manifiestan con claridad su principio y su fin y se ofrece el hecho político, completamente nuevo é importante (cuyo primer ejemplo cierto ocurre en tiempos de Cárlos Martel), de que los grandes señores *privados* no tuviesen ya una córte ó séquito de siervos, como acontecia bajo los merovingios, sino de hombres libres, que prestan á su señor *(senior)* juramento de fidelidad. Aparece entonces un nuevo sistema, que es precisamente el de los beneficios, y despues el feudal: sistema de grande interés, que debemos ahora exponer más al por menor en sus orígenes y elementos concausantes.

§. 4.—Orígen del sistema beneficial.

Para comprender perfectamente el orígen de este sistema, no puede derivarse de hechos ni fenómenos particulares; sino, tanto de su idea fundamental, como de todos sus elementos ocasionales y concausantes. Las más de las teorías han solido

(1) Roth (p. 210) dice con toda precision, que bajo los merovingios *no hay noticia* sino de concesiones hereditarias de territorios de la corona, esto es, donaciones; y Walter, §. 76, dice de una manera enteramente objetiva que en la época merovingia no habia habido todavia concesiones de beneficios, sino que se han tomado por tales verdaderas donaciones. Pero Roth opina, con todo (p. 358), que no se podria afirmar que en dicha época no hayan existido realmente sino concesiones hereditarias. Aun despues de las últimas investigaciones de este autor, no puedo considerar resuelto el problema; pero tengo la conviccion, derivada de las razones que se exponen en el párrafo siguiente, de que los beneficios propiamente dichos y de un carácter tan completamente distinto comienzan con los carlovingios.

apoyarse principalmente en tal ó cual circunstancia histórica, como la afinidad con el antiguo *patronato*, afinidad que es sólo mediata, ó el influjo del precario romano. Sólo en los últimos tiempos ha hecho notar Roth su nuevo fin político y su inmediato é íntimo enlace con el señorío. Pero todavia es necesario caracterizar más precisamente algunos otros factores, indicados por Roth, y su influjo sobre el orígen de la organizacion beneficial (1). Reuniendo todos estos factores, más ó ménos importantes, puede definirse el orígen de los beneficios de la siguiente manera. *a)* Un nuevo fin político, que utiliza las circunstancias dadas, constituye la idea fundamental y directiva del sistema en la época carlovingia; *b)* los medios materiales se obtienen, en su mayor parte, por la vasta secularizacion del patrimonio de la Iglesia; *c)* los señoríos son la forma de ésta en su aspecto personal; *(d* el precario romano, durante tanto tiempo usado por aquella, viene á ser el tipo para la organizacion del elemento jurídico-económico de la relacion; y *e)* el espíritu germánico la sella con el carácter de la fidelidad, que distinguia ya al antiguo patronato (2).

---

(1) En lo que sigue, he intentado exponer en su mútua relacion todos los elementos de que depende el sistema beneficial. Dichos elementos han sido más ó ménos completamente indicados por otros escritores, y en particular por Roth, el cual ha hecho resaltar sobre todo el *fin* interno, tan importante, y la *forma* (el señorío) del sistema; pero ni aun en él se hallan reunidos todos esos factores en su posicion y significacion, de lo cual depende una característica exacta.

(2) Segun D'Espinay *(o. c.*, lib. I, cap. IV, o. III), los reyes bárbaros conservaron despues de la conquista la clientela militar, y, como los antiguos jefes germanos, se rodearon de guerreros adictos á su persona. Los textos mencionan á cada instante, bajo los nombres de *fideles*, *leudi*, *arhimani*, *convivae regis*, *antrustiones*, *juniores*, *gasindi*, *vassi* (*a*), los hombres que se recomendaban, es decir, que se unian

(*a*) *Leudi* significa: hombres, gente; *antrustio* es sinónimo de fiel, y viene de la palabra germana *trust (fiducia)*; *arhiman*, de *her* (guerra) y *man* (hombre); *junior* es lo opuesto á *senior*; *gasindus* quiere decir, huésped; *conviva regis*, huésped del rey; *vassus*, de donde viene la francesa *vasall*, procede al parecer del sajon *vasseu* (ligar). Sobre esta última véase lo que dice el autor, p. 276, nota.—(A.)

Explicaremos sumariamente cada uno de estos factores.

a) La nueva idea política, que desde Cárlos Martel resalta claramente, consiste en colocar en una mayor dependencia respecto del poder supremo á los grandes, que se habian hecho demasiado poderosos bajo los débiles merovingios, y entre los cuales los duques se habian resistido á la elevacion de Pipino y sus descendientes. Aspiraba á la par á simplificar la administracion por el intermedio de esos mismos grandes, como señores, concediéndoles mayores derechos sobre los hombres libres que dependian de ellos y perseguíanse y alcanzábanse otros varios fines particulares, especialmente el tan importante de mantener la organizacion militar (1).

Ahora bien; si de una parte, los señoríos vinieron á debilitar el poder real, por cuanto los señores alcanzaron ciertos

al rey, así como otros lo hacian á los obispos, condes, señores, ricos, etc., de quienes recibian con frecuencia una porcion de tierra á título de *beneficio*, costumbre que quizás practicaron los germanos antes de la invasion. Es de notar que este término *beneficia* tenia entonces varios significados; pues que con él se designaban las tierras dadas á los guerreros á título de soldada, las concedidas por los señores á los cultivadores mediante la imposicion de ciertas cargas (caso en que tenia analogía con el *precarium* y con el censo), y tambien otras hechas sin gravámen alguno, que eran verdaderos usufructos. La concesion de beneficios debió ser tan general, que parte de los reyes de las dos primeras dinastías, segun consta en las crónicas de aquel tiempo, acabaron por agotar todas sus riquezas territoriales para satisfacer la ambicion de sus numerosos clientes ó vasallos, si es que á los de entonces se puede dar propiamente este nombre.—(A.)

(1) ROTH, p. 365, dice: "Ante todo, se procuraba la conservacion de la organizacion militar hasta entonces existente. Habiéndose conferido al señor los derechos que sobre sus vasallos libres habia ejercido hasta entonces el conde, como autoridad militar, se simplificó el llamamiento; el señor quedó obligado sólo á presentar los hombres que dependian de él. Y la obligacion de sostener á esos *homines*, equipados y mantenidos, abrió camino para llevar á la guerra á muchos pobres, para quienes era imposible servir en ella á sus expensas."

derechos sobre los súbditos de aquel, que hasta entonces sólo habian ejercido las autoridades por delegacion de los reyes, evitáronse los peligros que de aquí podrian haber resultado, merced á la mayor dependencia en que á su vez los señores entraron respecto del soberano, exteriormente significada en el modo peculiar de la obligacion, en la encomienda y en la concesion de bienes de la corona. Pues, mientras que, bajo los merovingios, estas concesiones servian tan sólo para recompensar servicios eminentes, ó la fidelidad, ó constituian una muestra de favor, alcanzaron ahora un fin político (1).

b) Pero el patrimonio de la corona se habia agotado casi por completo á causa de las pródigas donaciones de los merovingios, y no bastaba ya, por tanto, para los fines superiores de los carlovingios. Por el contrario, el de la Iglesia, con las espléndidas donaciones de los reyes merovingios, y más aún con las fundaciones de los particulares, estimulados hasta por medios moral y jurídicamente ilícitos, se habia aumentado de tal modo que, á fines del siglo VII, se puede calcular que poseia el tercio de toda la propiedad territorial (2).

(1) Este punto capital, decisivo para la exacta concepcion del sistema beneficial, ha sido puesto en claro con toda precision por Roth, p. 358; "La concesion de los bienes de la corona en forma de beneficio es una innovacion carlovingia, no tanto por el diverso modo de la concesion (aun cuando á esto no se ha dado toda la importancia que le corresponde), cuanto por el cambio del fin que en ella se persigue."

(2) V. sobre esto numerosos justificantes en Roth, p. 253-259. El negocio de la falsificacion de los documentos se ha hecho en tan grande escala, que, v. gr., entre los 360 diplomas merovingios de Bréquigny, 130 próximamente son falsos: V. Roth, p. 257. Aun despues, cuando la Iglesia hubo obtenido la seguridad de que no volveria á verificarse otra secularizacion, crecieron tanto los medios ilícitos, que Carlomagno se sintió obligado á expresarse en este punto enérgicamente, en la *Capitulare duplex Aquisgranense anno* 811 (Pertz, III, 167), donde dice (*c.* 5): "Inquirendum si ille saeculum dimissum habeat, qui quotidie possessiones augere quolibet modo qualibet arte

Tantas riquezas materiales trajeron, de una parte, ciertos peligros para el Estado, por venir á depender de los institutos religiosos una masa de personas, hasta libres, especialmente merced á los privilegios de inmunidad y *mundiburdium* de la Iglesia, para cuya vida interior, en otro respecto, eran tambien perjudiciales, por alimentar en ella el espíritu mundano é introducir la corrupcion en los cláustros. Estos males habian excitado ya la ira (1) de Winfredo Bonifacio y el intento de limitarlos. Los hijos de Cárlos Martel, Carloman y Pipino, segun parece, de acuerdo con su amigo Bonifacio (2),

---

non cessat, suadendo de coelestis regni beatitudine, comminando de aeterno supplicio inferni, et sub nomine Dei aut cujuslibet sancti tam divitem quam pauperem, qui simplicioris naturae sunt, et minus docti atque cauti inveniuntur, si (sic) rebus suis exspoliant, et legitimos haeredes eorum exhaeredant, ac per hoc plerosque ad flagitia et scelera propter inopiam—compellunt, ut quasi necessario furta et latrocinia exerceant."—C. 6: "Iterum inquirendum, quomodo saeculum reliquisset, qui cupiditate ductus propter adipiscendas res, quas alium vidit possidentem, homines ad perjuria et falsa testimonia pretio conducit."—C. 7: "Quid de his dicendum, qui quasi ad amorem Dei et sanctorum ossa et reliquias sanctorum corporum de loco ad locum transferunt, ibique novas basilicas construunt, et quosqumque potuerint ut res suas illuc tradant, instantissime adhortantur. —Palam fit hoc ideo factum, ut ad aliam perveniat potestatem."— Roth, 253. Ya Carlomagno anteriormente habia intentado hacer depender la trasmision de todo el patrimonio de la voluntad real (C. 805, 5. 134); y Ludovico Pio prohibió á los clérigos aceptar aquellas donaciones por las cuales se desheredase á los parientes (C. 817, 7, 207). Pero los privilegios del clero, por lo que respecta á la jurisdiccion, tenian por necesidad que dificultar cualquier ataque. Casi todos los Concilios de los siglos VI y VII amenazaron con la excomunion á toda tentativa de esta clase. Roth, 254.—Montesquieu (*Esp. des lois*, XXXI, 10) opina que, bajo las tres dinastías, pasó varias veces la propiedad territorial entera por las manos del clero: "Le clergé récevait tant, qu'il faut que, dans les trois races, on lui ait donné plusieurs fois tous les biens du royaume."

(1) V. la carta de Bonifacio al papa Zacarías, en las *Lecc.* de Leo, I, p. 437.

(2) Roth, p. 359, observa que jamás se halla una protesta de Bo-

adoptaron una medida, destinada á favorecer juntamente un doble fin, eclesiástico y político. Prévio inventario, los bienes de la Iglesia fueron confiscados («secularizados»), de una manera en Austrasia (por Carloman), donde en ciertos casos debian volver á manos de la Iglesia, y de otra diversa en Neustria (por Pipino), donde se perdió por entero una parte de dichos bienes (1). Por vía de indemnizacion, sin embargo, la Iglesia, además del diezmo, debia percibir otro segundo diezmo de los bienes confiscados, ó sean diezmo y novena. Facilitóse así, aun en frente del poder político, la reforma eclesiástica por Bonifacio. Pero esta secularizacion, que tomó un carácter formalmente jurídico, cuando el clero, en el Concilio de Léstines declaró su consentimiento, reconociéndola los sucesores de Pipino como una injusticia que no debia volverse á cometer, dió los medios materiales para facilitar la elevacion de Pipino al trono é iniciar en grande escala el sistema beneficial.

c) Despues de esta secularizacion, fué ya posible conceder beneficios reales, no sólo á los vasallos del monarca, sino por regla general á todos los señores, uniéndolos al rey por medio de la encomienda. Merced á su íntimo enlace con el señorío, ideado desde el principio y favorecido todavia más por los carlovingios en el progreso de los tiempos, alcanzó el sistema beneficial la organizacion formal de sus relaciones personales. El señorío nació cuando, á consecuencia del poder creciente de los grandes y de la opresion que ejercian sobre los hombres libres inferiores á ellos, comenzaron éstos, primeramente bajo Cárlos Martel y sin menoscabo de su li-

nifacio, al cual ciertamente no le habria faltado valor si la hubiese creido conveniente. LEO, p. 438, no duda de que Bonifacio haya sido favorable á este expediente: pues que, de la libertad alcanzada por este sacrificio, se promete frutos de bendicion para la Iglesia. Sobre la secularizacion, V. extensamente á ROTH, p. 314-366.

(1) WALTER, §. 73.

bertad y honor, á entrar en el séquito de un grande, que hasta entonces sólo habia constado de siervos. Entraron tambien en este vínculo por la forma de la encomienda *(se commendare)* y á favor del juramento de fidelidad, tal como en la época de los carlovingios estaba en uso para las personas que pertenecian al cortejo particular del rey y que ahora se llamaron vasos (1) ó vasallos, correspondientes, pues, á los antrustiones de los merovingios. Por esto, esos hombres libres, incorporados al séquito de un particular, se denominaron tambien vasos ó vasallos, y su señor, *senior*; los vasallos del rey posteriormente se distinguieron de ellos con la denominacion de *majores homines*. Este señorío y este vasallaje no se hallaban en ninguna relacion necesaria con el beneficio. Si una concesion territorial podia traer consigo que el rey otorgase condicionalmente á sus vasallos, y los señores á los suyos, porciones del suelo para su goce en forma de beneficio, podia haber vasallos sin beneficio, y beneficios concedidos á personas que no eran vasallos, v. gr., clérigos, monjes, mujeres. El señor tenia sólo el deber de proteger á los vasallos, y éstos el de permanecer fieles á sus órdenes durante toda su vida. Despues de la secularizacion, la concesion de un beneficio no se hizo únicamente á los vasallos, sino tambien á los señores; siendo esto no ya regla general, sino el elemento y medio más importante para establecer directa é indirectamente la dependencia respecto de la corona.

d) Semejante concesion del beneficio, que en la concepcion jurídica alemana no tiene raiz alguna, se verificó, sin embargo, segun el tipo del precario romano, durante largo

(1) *Vassus* (en gaélico, *uas*, ó *uasal*; en galo, *gwas*—Leo, *o. c.* 436) significaba en tiempo de los merovingios un hombre no-libre; pero en el de los carlovingios, el que pertenecia á un séquito permanentemente. V. Roth, p. 367.

tiempo usado por la Iglesia, la cual en general vivia conforme al derecho romano. Las concesiones territoriales habian sido introducidas por ella entre los germanos, mucho tiempo hacia, con el nombre de *beneficium* (1), que sólo posteriormente se dió al terreno mismo. Era, en efecto, esta relacion jurídica singularmente apropiada para facilitar y aumentar las donaciones á los institutos eclesiásticos, cuando el donante se reservaba para sí, y frecuentemente para sus sucesores, semejante posesion y disfrute. Y fuese que la Iglesia, en verdad, concediese terreno propio ó lo añadiese al donado, la relacion se informó enteramente de otro modo, por cuanto traia consigo un cambio ventajoso de servicios. Juntamente se modificaron con esto las ideas y costumbres germánicas, que exigian que la concesion de un territorio á otra persona impusiera una cierta dependencia, y cuando recaia en un hombre libre disminuyese los derechos de su libertad. Pero esta modificacion debia realizarse antes de que pudiera establecerse la relacion beneficial propiamente dicha, que ninguna disminucion de la libertad traia consigo. Produjose el cambio, merced á que el derecho romano en la trasmision de la posesion del suelo, sin propiedad, aparte de tales ó cuales derechos que hubieran de satisfacerse, no reconocia obligacion personal alguna; y todavia más por cuanto la Iglesia, como persona moral, y persona que de tan altos respetos gozaba, inició estas concesiones. Su aceptacion por una personalidad semejante no podia producir, salvo que interviniesen otras circunstancias, disminucion alguna en la libertad ni en el honor; y así aconteció que, aun

(1) Ya en la l. 14, D. *de precario* (43, 26) se decia: "Magis enim ad donationis et *beneficii* causam quam ad negotii contracti spectat precarii conditio."—Todavia se acerca más al uso posterior del lenguaje el §. 5 de la l. 14. c. *de sacrosanctis ecclesiis* (I, 2).—WAITZ, II, 198.

posteriormente en el sistema beneficial, la situacion jurídica del beneficiado en nada empeorase.

e) El espíritu germánico imprimió además á esta relacion un singular carácter. Ese espíritu, que á toda relacion jurídica entre dos personas intenta dar una base moral (1), enlazó ahora con esta relacion la obligacion moral de la fidelidad, por una parte, y de la proteccion, por otra. El antiguo cortejo, así como el vínculo posterior del *patronato* entre el rey y los antrustiones, sirvieron ménos de tipo para esta relacion que la consecuencia de la íntima naturaleza del espíritu aleman, que emprendió la ordenacion de las mismas relaciones personales externas y permanentes. De la interior cooperacion de todos estos elementos, resultó el sistema beneficial, nacido de diversas condiciones exteriores, y asentado sobre una complexion de motivos. No es de modo alguno un desenvolvimiento natural de las antiguas bases germánicas del Estado: no es en realidad institucion germana. El espíritu aleman no ha hecho más que imprimir su sello á elementos extraños; y á virtud de circunstancias exteriores, se convirtió por los carlovingios en una organizacion política, inspirada en un vasto fin.

Esta organizacion se trasformó en el feudalismo, propiamente dicho, cuando se estableció la herencia del hijo y otros agnados del vasallo en los bienes concedidos, herencia introducida por la costumbre y reconocida despues por Cárlos el Calvo (877); formándose entonces principios más exactos sobre la relacion entre el señor y los vasallos y sobre los derechos y obligaciones por respecto al patrimonio feudal. En el siglo X, se introdujo para *esta* clase de beneficios (pues que habia otras más) la expresion *feodum* ó *feudum*, y tambien *feum* y *feodum* (2). El sistema feudal fué, pues, una es-

(1) Lo mismo ha observado acertadamente WAITZ, II, p. 202.

(2) La antigua etimología, que derivaba esta palabra de *fidelis*,

pecie del beneficial, peculiarmente desarrollada.

Los beneficios forman un elemento esencial de la Constitucion carlovingia, que debemos considerar sumariamente ahora.

§. 5.—Constitucion carlovingia.

El órden político social establecido por Carlomagno, parte, desenvolviendo la organizacion anterior, parte, á favor de nuevas instituciones, descansaba en las siguientes bases (1):

1. *Principios.*—La renovacion de la dignidad imperial romana *(renovatio imperii)* trasladó al emperador la idea del *imperium mundi*, unida á aquella dignidad. Pero, siendo cristiano el nuevo Imperio, el órden eclesiástico, que se habia venido formando con predominante independencia de toda potestad secular, alcanzando en el pontificado su particular jefatura, se separó del civil. Iglesia y Estado se entienden entonces como partes de un todo (2), la cristiandad, para cuyo bien Dios mismo ha instituido ambas autoridades, segun la idea predominante en la Iglesia, una de ellas inmediatamente y la otra de un modo más mediato.

---

debe abandonarse. Es la voz *feo* (bien) del aleman antiguo, con la *d* interpuesta antes de la terminacion latina, para evitar el hiato (como en *campus ma(d)ius)*: V. PHILLIPS, *o. c.*, p. 145.—LEO, *o. c.*, p. 525, quiere sin embargo derivarla del celta.

(1) Comp. EICHHORN, *o. c.*, I, §. 158, etc.—WALTER, §. 55, etc.

(2) V. los pasajes justificativos del Concilio VI de París (829) en EICHHORN, §. 158. El poder eclesiástico se coloca, con todo, manifiestamente *sobre* el civil en el *Conc. ap. S. Macram.* a. 881, *can.* 1.— "Solus Dominus noster Jesus Christus vere fieri potuit rex et sacerdos. Post vero—nec rex pontificis dignitatem, nec pontifex regalem potestatem sibi usurpare praesumpsit. Et tanto est dignitas Pontificum major quam regum, quia reges in culmen regium sacrantur a Pontificibus, Pontifices autem a regibus conservari non possunt, it tanto gravius est pondus sacerdotum quam regum, cuando etiam pro ipsis regibus in divino reddituri sunt examine rationem."

Nacieron así dos escalas de organizacion social, la jerarquía (sacerdotal) y la monarquía secular (convertida en feudal posteriormente), ambas apoyadas sobre el principio cristiano y germánico de la fidelidad, que enlazaba la última esfera á la primera igualmente. Mas, de otro lado, la suprema autoridad eclesiástica se establece con acuerdo y confirmacion del emperador. Ambas organizaciones se compenetran, apoyan y condicionan mútuamente en sus diversos fines interiores y externos relacionados entre sí; y ambas se desenvuelven de un modo paralelo, de suerte que las instituciones eclesiásticas sirven de modelo para la organizacion civil, así como es imposible desconocer que los concilios constituyen el tipo de la Dieta imperial, que la competencia y los poderes que recibieron los condes enviados, se organizaron conforme á las funciones del obispo en la visita eclesiástica, y el *placitum* que tuvieron en su comarca, con arreglo á los sínodos provinciales. La Dieta fué el centro del gobierno, tanto para los negocios civiles, como para los eclesiásticos (1).

2. *Transicion.*—Bajo el punto de vista político, la Constitucion carlovingia forma la transicion á aquel sistema que, en su completo desarrollo, se conoce con el nombre de *feudal.* Era el sistema beneficial, organizado primeramente por los carlovingios con un fin general político, proseguido tambien por Carlomagno, al intento de dar una perfecta organizacion al Estado, y que, merced al término intermedio del señorío, debia enlazar á todos los señores con el emperador, como señor supremo y punto central. La herencia de los beneficios, que luego vino á fundar el sistema feudal, propiamente dicho, se oponia á esta concepcion política, que aspiraba á que todos los miembros dependiesen del centro.

3. *La Realeza.*—La dignidad real era, como entre los

(1) Eichhorn, §. 158.

merovingios, hereditaria; si bien Carlomagno estableció la necesidad del consentimiento de los grandes y de cierta cooperacion del pueblo, cuya forma quedaba indeterminada. El poder del emperador tenia un triple fin: amparar á todos los que necesitasen proteccion externa, y especialmente á la Iglesia y sus ministros, y á las viudas y huérfanos; conservar la paz y administrar justicia. La antigua proteccion y paz germánica pasaron, de la libre corporacion del pueblo, á manos del rey. En realidad, influyó éste tambien en la legislacion y gobierno eclesiásticos, el último de los cuales dirigia por medio del archi-capellan, sin que el papa pudiera intervenir, sino con su cooperacion; poseia ciertos derechos en el nombramiento de los obispos y abades y en la administracion y disfrute de los bienes de los conventos; y la jurisdiccion sobre los obispos se ejercia, por lo ménos, bajo su inspeccion. No se hallaba, sin embargo, enteramente acorde con esto la doctrina de los obispos, que, en asuntos eclesiásticos, rehusaban concederle más que un derecho de proteccion, considerando su potestad como independiente (1). A más de esto, extendíase el poder real en otros varios respectos, y especialmente en la legislacion penal; pero no cabe reputar el ejercicio de casi ninguna de las prerogativas reales como enteramente independiente de la cooperacion de la Dieta.

4. *Carácter de la condicion de los súbditos.*—No sólo los grandes (segun largo tiempo se ha creido), sino todos los hombres libres, tenian que prestar al rey juramento de fidelidad ya en tiempo de los merovingios *(leudesam* (2), *juramentum fidelitatis)*, pero sólo al advenimiento de cada monarca y en cada nueva conquista. Carlomagno se hizo jurar de nuevo como emperador por todos los hombres libres y

(1) Eichhorn, *o. c.*, §. 158.
(2) V. p. 267.

dispuso que de tiempo en tiempo cada uno de estos prestase juramento al llegar á la edad para ello requerida.

5. *Empleados del Imperio y de la córte.*—Cuando cesó, con Pipino el Breve, la dignidad de *major domus*, apareció como presidente de la cancillería real un *referendarius;* pero pronto se subdividió este cargo, estableciéndose para los negocios eclesiásticos un *apocrisiarius, capellanus*, y un *comes palatii* para los negocios jurídicos y la direccion de las discusiones en el tribunal de la córte del rey. Otros empleados habia en ésta, como los *ministeriales* (1), que existian tambien al lado de todos los grandes y se dividian en superiores *(capitanes*, como especialmente el *camerarius*, *seniscalcus*, *comes stabuli)* é inferiores.

6. *Estados generales y Dieta imperial.*—Todos los asuntos importantes del Imperio se consultaban con los Estados generales. Así como los merovingios utilizaban la revista de las tropas en el *campus martius* para decretar leyes y disposiciones de otras clases con los grandes del reino y hacerlas aceptar al pueblo, así tambien Pipino las tuvo en el mes de Mayo *(campus madius)*, cuando las hacia necesarias una campaña. Para los negocios del Imperio, solian tener lugar anualmente dos asambleas. En la primera, que por lo comun se celebraba en relacion con el *campus madius*, habian de presentarse todos los Estados ó clases del reino, esto es, los grandes eclesiásticos y seculares, los obispos, abades, condes y otros altos funcionarios; y los demás vasallos y ministeriales, sólo para aumentar el brillo y solemnidad de la Dieta y oir sus disposiciones, sin tomar parte en su discusion. Los obispos y abades, por una parte, los condes y otros grandes, por otra, deliberaban por separado, reuniéndose tambien ambos órdenes cuando querian. El rey asistia tam-

(1) Sobre esto, V. la obra capital de Fürth, *Los ministeriales (Die Ministerialen)*, 1836.

bien, si lo deseaba, entre los miembros deliberantes, para tratar confidencialmente con ellos. Pero las resoluciones que los obispos y abades tomaban en asuntos propiamente eclesiásticos requerian como todos los demás el asentimiento del rey. La decision de la Dieta, aceptada por éste *(capitulare)*, se suscribia por todos los presentes. Una segunda asamblea, celebrada en otoño, servia para asuntos ménos importantes, pero de urgencia, ó para preparar los que debian tratarse en la del año inmediato, constando sólo de los señores, ó sea de todos los que dependian del rey, por vía de encomienda, y de algunos consiliarios íntimos, eclesiásticos y seglares (1).

7. *Los condes enviados.*—Gran importancia recibió de Carlomagno la institucion de los condes enviados *(missi dominici)*. Ya en tiempo de los anteriores reyes carlovingios, se enviaron delegados para mantener el vigor de la gobernacion del Imperio. Carlomagno, suprimiendo en la mayor parte del territorio el cargo de duque, peligroso para el poder real, se sirvió de los condes enviados para inspeccionar las provincias y velar por las reformas que introdujo. A cada territorio de mision *(missaticum)*, se enviaron, por lo comun, un obispo y un conde: aquel, para los asuntos religiosos y eclesiásticos, y éste para los civiles. Las funciones de estos condes se extendian á todos los ramos de la administracion, llegando á la convocacion de las Dietas provinciales y cuidando especialmente del buen órden de la administracion de justicia, para lo cual tenian tribunal en diversos lugares cuatro meses del año.

8. *Constitucion cantonal.*—Recibió tambien de Carlomagno importantes modificaciones. Segun la antigua organizacion, el reino de los francos constaba de cantones

(1) EICHHORN, §. 161.

(Gauen), cada uno de los cuales, por regla general, se hallaba presidido por un conde *(Graf, grafio* (1), *comes*, y tambien *judex)*, nombrado por el rey y destinado á administrar justicia y cuidar del ejército *(Grafenbann)*. Cada condado se dividia en *centenae*, cuyo jefe llevaba el nombre de *centenarius, tunginus, Hunnen;* las centenas, en marcas *(marcae)*, campos *(Fluren)*, comarcas *(Gemarkungen)*, cuyos habitantes constituian con su jefe una comunidad municipal. Los condes, generalmente nombrados por el rey de entre los propietarios territoriales domiciliados en el condado mismo, se hicieron pronto tan poderosos, que organizaron una verdadera córte con ministeriales y extendieron su *vassaticum* sobre muchos que entraban en él. Desde el siglo IX, los condados solian ir unidos con una dotacion fija *(res* ó *pertinentia comitatus)*, ó con beneficios convertidos en permanentes. Ahora bien, en esta organizacion, Carlomagno introdujo sobre todo las modificaciones, por una parte, de instruir tres grandes asambleas, que debian celebrarse anualmente para la administracion, y en las cuales habian de entrar todos los hombres libres del condado; y por otra, convertir las antiguas asambleas en tribunales, quitando en éstos toda participacion á los hombres libres comunes *(Rachinburgen)*, y trasladándola como obligacion á los *scabini (Schöffen, échevins)*, elegidos por los delegados del rey con la cooperacion de los condes y del pueblo.

9. *Organizacion judicial.*—Comprendia desde Carlomagno, tribunales superiores é inferiores en cada condado: los

(1) La palabra *Graf* (conde) debe en verdad reputarse celta, con Leo *(Hist. del pueblo al.* p. 385), y su raíz *grav.* (cortar, grabar, y tambien escribir) es la misma que aparece en otras voces de las lenguas indo-europeas, como en γραφειν (tambien en el aleman *graben*, cavar). Conde *(Graf)* es, pues, escritor superior, como á modo de un escritor de Estado.

primeros, formados por el conde y su representante *(vicecomes)*, y los segundos, por los vicarios ó centenarios. Sólo aquellos decidian sobre la libertad y sobre la vida, sobre los delitos graves, sobre propiedad territorial y sobre servidumbre. El *Heerbann* (1) fué reorganizado por Carlomagno, que señaló en él una situacion especial á los grandes eclesiásticos y seculares. Pero la facilidad que introdujo aquel soberano para la clase libre, aunque pobre, apresuró la decadencia de esta clase y disminuyeron el espíritu guerrero. Por su parte, ejercieron los condes tal opresion en sus llamamientos para el Heerbann y para las asambleas judiciales, que los hombres libres de inferior condicion se vieron obligados á entregar su propiedad territorial al conde, y todavia con más frecuencia á las fundaciones y conventos, en tal ó cual forma jurídica. Así fué decayendo la mayoría de los hombres libres y se convirtieron especialmente en bienes de fundaciones y conventos, innumerables fundos del suelo del Imperio, extendiéndose el señorío de los obispos y abades y aumentándose por lo mismo sus ambiciones mundanas (2).

10. *Las inmunidades* (3).—Una situacion especial que, andando el tiempo, tuvo grandes consecuencias, por cuanto vino á constituir una base de la supremacía, se desenvolvió, en la gobernacion del Imperio, para la Iglesia, el fisco y los grandes seculares, respecto de la administracion de sus.

(1) Análogo al antiguo *Fonsado* de Castilla, de que habla el *Fuero de Plasencia*, con frases tales como: *estar en fonsado, ir de fonsado*, y por las que, segun los Sres. Asso y de Manuel, en sus notas al *Fuero Viejo*, "se dá á entender la *gente miliciana ó alistada para ir á la guerra*." De aquí el denominarse *fonsadera* al tributo que se aplicaba á gastos de guerra y que es señalado en el mismo *Fuero Viejo*, como una de las cuatro cosas naturales al señorío del rey. Tít. I, libro I.—(*N. T.*)

(2) WALTER, §. 124-132.

(3) Id., §. 103.

bienes, en virtud de las llamadas «inmunidades.» Los conventos y fundaciones, que ya de antes gozaban de franquicia en cuanto á las cargas públicas y se hallaban bajo la especial proteccion réal, para la cual tenian un defensor, lograron ahora el derecho de hacer administrar justicia, aun en materia penal, por medio de sus propios empleados dentro de su territorio: entre éstos, se hallaba el defensor *(advocatus)* del preboste del tribunal ó asamblea judicial *(Gerichtsvogt, Dingvogt)*, que debia elegirse por el conde y el pueblo unidos. Análogas eran las relaciones en las posesiones del fisco y de los grandes seculares.

11. *Costumbres.*—Hicieron en muchos respectos progresos importantes. Así como en la vida jurídica el comercio entre las personas y las propiedades se aseguró más y se cultivó el sentido germánico de la comunidad en diversas asociaciones (para proteger á los pobres, contra incendios y naufragios, etc.), así tambien la enseñanza y la educacion religiosa adelantaron grandemente, y la beneficencia y celo humanitario, especialmente promovidos por la Iglesia, se extendió á los pobres, viudas, huérfanos, siervos y viajeros.

ÉPOCA SEGUNDA.

Desde 888 *hasta la paz perpétua* (1495).

§. 1.—El Imperio aleman, como monarquía feudal.

Considerada en conjunto, ofrece esta época una organizacion grandiosa de todas las relaciones humano-sociales de la vida, dominando la idea fundamental de realizar y mantener esta organizacion de tal modo, que cada uno de sus miembros, desde las más elevadas esferas religiosas y políticas hasta las económicas, cumpla sus derechos y sus obli-

gaciones, dentro de ciertos límites. Pero, en el pormenor, muestra el desarrollo de internas oposiciones en diversos sentidos. Así como, al punto que el interés de las diferentes estirpes vuelve á revelarse en la fundacion de nuevos ducados, se desenvuelve la soberanía territorial ó local *(Landeshoheit)*, engendrada por los derechos de inmunidad de los grandes eclesiásticos y seculares contra la soberanía del Imperio *(Reichshoheit)*: con lo cual, se pusieron las bases de la poliarquía ó pluralidad de gobiernos en Alemania, nacida de las relaciones de oposicion y lucha entre la potestad eclesiástica y la civil, relaciones que desde un principio habian quedado indefinidas; y haciéndose cada vez más mundana en esta contienda la sociedad religiosa, se eleva al cabo, como natural reaccion de un mejor espíritu cristiano, la reclamacion de una reforma de la Iglesia, «en la cabeza y en los miembros.» Renuévase la vida nacional en las ciudades, que florecen con la industria y el comercio y emprenden con éxito la lucha contra la caballería, degenerada en un sistema de depredacion y violencia, opresor de aquella vida. Por último, iníciase la oposicion entre el derecho romano, ahora apremiante y en parte más apto para satisfacer las nuevas exigencias sociales, y el germánico, desfigurado por el feudalismo y casi petrificado y perdido en mil extravíos.—Todas estas luchas no terminaron en concierto y armonía, sino con la decisiva victoria de uno de los principios rivales (1).

---

(1) Creo conveniente dar aquí, por nota, una ojeada sumaria sobre la historia política externa de este período.

Al disolverse la monarquía carlovingia (888), reinaron primeramente Arnulfo, hijo natural de Carloman (888-899), y su hijo Luis el Jóven (900-911), llamados ambos los "carlovingios impropios." Despues, el duque de los francos, Conrado I (912-918), fué elegido libremente rey, haciéndose desde entonces electivo el trono de Alemania. A su muerte, ocuparon este trono reyes de la raza sajona: el enérgico

§. 2.—Organizacion interior del Imperio.

1. *Gobierno del Imperio.*—A pesar de la disolucion del Imperio carlovingio, su espíritu continuó viviendo algun

---

y dominante Enrique I (919-936) y su hijo Oton I el Grande (936-974), que se hizo coronar rey, como sucesor de los carlovingios, estableciéndose entonces el principio de que el rey se hacia franco por la coronacion; obtuvo luego la corona lombarda y se hizo coronar tambien emperador por el papa Juan XII (962). Reconocióse con este motivo la máxima de que en la eleccion del rey de Alemania se implicaba asimismo la de emperador romano, merced á lo cual, se destruyeron las pretensiones de los Pontífices de disponer á su grado de la corona imperial; pero, habiendo de consagrar y coronar al elegido, vinieron á gozar del derecho de examinar el órden y legitimidad de la eleccion, con el de decidir en los casos de una eleccion doble y discorde (Walter, *o. c.*, §. 162). Desde entonces, quedaron unidas Italia y la dignidad imperial al reino germánico, al cual, merced á este último vínculo, se siguieron graves daños, pero alcanzando á la vez tambien un indudable elemento de cultura y grandeza y un remedio exterior de su interna decadencia. El gobierno de los demás reyes—Oton II, hijo de Oton I (974-983), Oton III (983-1002), hijo del anterior, así como el del duque Enrique de Baviera, pariente de éstos, último vástago de la casa de Sajonia y que con el nombre de Enrique II reinó de 1002-1024 y ha sido incluido en el catálogo de los Santos, por haberse mostrado bastante propicio al clero, favoreciéndole con muchos beneficios—fué de poco provecho para el reino. Bajo los emperadores de la casa de Sajonia, ganó éste en extension; pero no se fortificó la monarquía, convirtiéronse gradualmente en hereditarios los empleos feudales de duque y conde; las libertades municipales cesaron en gran modo y se dispusieron sólo un nuevo asilo en aquellas ciudades, en parte florecientes por el favor de los emperadores (v. gr., de Oton el Grande).—Al extinguirse la casa de Sajonia, fué á parar la corona á la franco-sália (1024-1025), que produjo reyes enérgicos, pero despóticos: Conrado II (1024-1039), que añadió al Imperio el reino de Borgoña; su hijo Enrique III (1039-1056), que tuvo el plan de hacer hereditaria la dignidad imperial y elevar su poder en Roma aun sobre la suprema autoridad de la Iglesia; Enrique IV, su hijo (1056-1106), que sostuvo una desgraciada lucha con Gregorio VII, el cual aspiraba firmemente á lograr su fin de fortalecer el

tiempo aún en la nueva organizacion. El Cristianismo se concebia como una gran comunidad, cuyo bien debian cum-

poder pontificio, rehusando considerar la potestad civil de otro modo que como una concesion de la suprema de la Iglesia, se opuso á la investidura de los obispos por aquella y se propuso la rigurosa observancia del celibato. Bajo el reinado de Enrique V (1106-1125), concluyó la cuestion de las investiduras por el célebre concordato de Worms (1122) con el papa Calixto II (*concordatum Calixtinum*), concertando que los obispos y abades serian libremente elegidos por el clero é instituidos por el pontífice, en cuanto á su cargo *eclesiástico*, pero recibiendo la investidura y el cetro del emperador, por lo que respecta á sus posesiones temporales.—Muerto sin hijos Enrique V, fué elegido rey Lotario de Sajonia (de Supplenburgo, 1125-1137), prescindiendo de Federico de Hohenstaufen, pariente el más próximo de aquel; pero á la muerte de Lotario, entraron á reinar los Hohenstaufen (1138-1254). Conrado III (1138-1152) debilitó su obra en Alemania por la renovacion de la lucha entre los Hohenstaufen (*Waiblinger*, gibelinos) y los güelfos y por la segunda Cruzada. Su inteligente y enérgico (mas tambien cruel) sobrino, Federico I Barbarroja (1152-1190), que procuró en primer término restablecer el respeto á la autoridad real en Alemania por la sumision de Italia, hizo que en la Dieta imperial celebrada en los campos de Roncali (1158), determinasen sus derechos de soberanía los jurisconsultos, conforme al Código de Justiniano; entró en lucha con el Papado; fué causa de un cisma en la Iglesia y murió en la tercera Cruzada. Siguióle el breve y severo reinado de su hijo, Enrique VI (1190-1196), al cual sucedió su hermano Felipe de Suabia (1197-1208), contra quien se alzó, sin embargo, disputándole el trono, Oton de Brunswick, hijo de Enrique el Leon y que, despues de una gran derrota, murió en 1218. Ya antes (1212), Federico II, hijo de Enrique VI (1212-1250), fué reconocido como legítimo soberano por los más de los príncipes, mientras que sucesivamente se arrogaban aquella dignidad Enrique el Raspon, de Turingia (1246-1247) y Guillermo de Holanda (1247-1250). Federico II, el más ilustre de los Hohenstaufen, espíritu elevado, amante de las ciencias y las artes, pero, merced á su educacion semi-sarracena, apenas cristiano y licencioso de costumbres, estuvo en constante lucha con el Papado, quiso hacer de Italia el centro del Imperio y debilitó el poder en Alemania, haciendo grandes concesiones á los príncipes eclesiásticos y seculares, á fin de ganarlos para la eleccion de su hijo Enrique, adelantando así un paso más la fundacion de la soberanía territorial y la decadencia de la monarquía. Su hijo, Con-

plir las dos autoridades, el emperador y el pontífice, cada cual con su propio poder y ambas en concordia y apoyán-

---

rado IV (1250-1254), dirigió asimismo su preferente atencion hácia Italia. A su muerte, tuvo lugar el desdichado interregno (1254-1274), en que algunos príncipes extranjeros (Ricardo de Cornualles y Alfonso (*a*) de Castilla) tomaron el título de emperadores, mientras que príncipes y obispos se arrogaron la soberanía territorial, caballeros y vasallos se convirtieron en bandidos, viniendo á dominar la ilegalidad, el derecho del más fuerte, la violencia: estado que procuraron utilizar especialmente las confederaciones que entre sí formaron muchas ciudades, y las principales de las cuales fueron la liga anseática de la Alemania del Norte y la confederacion del Rhin.—La eleccion de Rodolfo I de Habsburgo (1273-1292) dió de nuevo al Imperio un príncipe enérgico, hábil y dispuesto á conservarse en buena inteligencia con la potestad eclesiástica. A su muerte, fué elegido Adolfo de Nassau (1292-1298), prescindiendo de su hijo Alberto; venciόle éste y reinó á su vez (1298-1308), pero dando lugar con su crueldad á que se fundase la confederacion suiza y muriendo asesinado por su sobrino Juan de Suabia (el Parricida), al cual habia arrebatado su herencia paterna en Suabia. Sucedió á éste, Enrique VII de Luxemburgo (1308-1313), que trajo la Bohemia á su casa (y cuyo advenimiento en Italia celebró Dante en su libro sobre la monarquía). A su muerte, los siete electores (á saber, del Palatinado, de Maguncia, de Tréveris, de Colonia, de Bohemia, de Sajonia y de Brandeburgo), en quienes desde entonces quedó, por lo comun, vinculada la eleccion, se dividieron, eligiendo unos á Luis de Baviera (1313-1347) y los otros á Federico de Austria (1313-1330). La insistencia de los papas Juan XXII y Benedicto XII en la excomunion declarada contra Luis produjo la reunión de los electores en Rensé (1338), donde levantaron el entredicho y proclamaron solemnemente que las dignidades real é imperial, supremo poder en la tierra, proceden de Dios y no del papa, por lo cual no necesitan la confirmacion y consagracion por parte de éste. Sin embargo, un partido aclamó como emperador á Cárlos IV, de la casa de Luxemburgo é hijo del rey Juan de Bohemia, el cual sólo fué generalmente reconocido á la muerte de Luis. Cárlos IV (1347-1378) no atendió sino al engrandecimiento de su casa. De él procede la ley imperial de 1356, conocida con el nombre de la *bula de oro*, que atribuyó exclusivamente el poder de elegir emperador á los siete electores y ordenó la jerarquía de los príncipes. Consagró su

(*a*) Alfonso X, el Sábio.—(*N. T.*)

dose mútuamente para este fin. Pero la falta de un claro ordenamiento jurídico de esta importante relacion ética condu-

celo únicamente á sus territorios patrimoniales, habiendo fundado la Universidad de Praga (1348); y la débil y mala aplicacion de las leyes volvió á hacer que predominase doquiera el derecho del más fuerte, especialmente bajo el reinado de su hijo y sucesor Wenceslao (1378-1400), que, llevando en Bohemia una vida licenciosa y desarreglada y gobernando tiránicamente, abandonó el Imperio aleman á sí propio. Las ciudades, entonces, de Suabia, Franconia y el Rhin formaron la liga suabia contra las rapiñas de la nobleza, que igualmente se unió á su vez en asociaciones de caballeros. Cuando los príncipes electores depusieron á Wenceslao (1400), eligieron á Roberto, del Palatinado (1400-1410), que ni en el órden civil, ni en el religioso (cuya reforma reclamaba en Bohemia Juan Huss) acertó á restablecer la paz. Su sucesor Segismundo, hermano de Wenceslao (1410-1437), dominó la guerra de los husitas, que estalló cuando fueron quemados Juan Huss (1415) y Jerónimo de Praga (1416); pero tuvo necesidad, por falta de recursos, de ceder en propiedad la marca de Brandeburgo al burgrave de Nuremberg Federico de Hohenzollern, poniendo la base de la monarquía prusiana. Extinguida con Segismundo la casa de Luxemburgo, su yerno Alberto II de Austria obtuvo la corona imperial (1438-1439), que, aunque conferida por eleccion, se conservó desde entonces en la dinastía austriaca de Habsburgo (con un breve intérvalo posterior—(1742-1745—de Cárlos VII, de Baviera). Alberto, durante su corto reinado, pudo mostrar su buena y decidida voluntad de poner órden en el Estado; pero tuvo en su sobrino Federico III (1440-1493) un sucesor que de ningun modo se hallaba á la altura de las circunstancias y bajo cuyo largo reinado los turcos, despues de haberse apoderado de Constantinopla, penetraron en el territorio patrimonial de Austria, devastándolo: Hungría y Bohemia eligieron reyes indígenas y el desórden del Imperio avivó más y más el deseo de una nueva organizacion. Logróse ésta bajo el reinado de Maximiliano I (1493-1519), que en la Dieta de Worms (1495), reunido con los príncipes electores, los señores eclesiásticos y seculares y las ciudades acordó una forma de constitucion, que reprimia la lucha á la sazon existente, pero debilitando á la vez el poder imperial. Establecióse, con efecto, la *paz pública perpétua*; prohibióse la defensa armada de sí mismo, por medio de la proscripcion y del anatema; instituyóse, para terminar las contiendas entre los diversos miembros del Imperio, el tribunal de la cámara imperial, y dividióse, por último, poco despues á aquel en diez círculos, á saber: 1.°, Austria; 2.°, Baviera;

jo á múltiples desavenencias, que perjudicaron la prosperidad del orbe cristiano; y esa relacion entre ambas potestades cambió de tal manera, á consecuencia de la cuestion de las investiduras, que, mientras antes el emperador—á lo ménos segun la opinion dominante—era considerado como la verdadera clave hasta del mismo poder eclesiástico, recibió ahora una posicion coordenada á la del papa (1), en la cual obtuvo éste un rango personal superior. Además, la idea de universalidad aneja al Imperio jamás pudo aplicarse en Occidente: sólo Lombardía y Borgoña permanecieron adictas al gobierno germánico, y los príncipes de Hungría, Polonia y Bohemia se mantuvieron en relacion de vasallaje.

El jefe del Santo Imperio romano de la nacion germánica era un rey electivo, usualmente nombrado como tal en Aquisgran por los tres obispos rinianos y coronado emperador por el papa. Era supremo señor feudal de los vasallos del Imperio, jefe militar de los ministeriales de éste y cabeza de sus ciudades y aldeas. Como custodio y administrador de la justicia, protege á cada raza y clase en sus derechos y libertades adquiridos y es el amparo de las viudas, huérfanos, pobres y demás personas menesterosas. De conformidad con los Estados generales, dicta las ordenanzas y leyes necesarias y ejerce el derecho de sancion en los más importantes estatutos y acuerdos de interés comun. De él dimana la ju-

---

3.°, Suabia; 4.°, Franconia; 5.°, Electorado del Rhin; 6.°, Alto Rhin; 7.°, Westfalia; 8.°, Alta Sajonia; 9.°, Baja Sajonia; 10, Borgoña: con todo lo cual vino á aumentarse el poder de los príncipes territoriales. Despues de la desgraciada guerra contra los suizos, hiciéronse éstos independientes de Alemania por la paz de Basilea (1499).

(1) Semejante relacion de coordenacion expresa en el siglo XIII el autor del *Espejo* de Sajonia en la conocida teoría de las dos espadas. Pero puede tambien consultarse sobre la opinion anterior á W. Dönniges, *Derecho político aleman (Deutsches Staatsrecht)*, p. 479 etcétera. Walter, §. 228, ha hecho notar sólo la opinion que posteriormente dominó.

risdiccion. Posee las regalías del Imperio, si bien puede darlas en feudo, como aconteció; otorgándose con prodigalidad á príncipes, señores y ciudades. Como emperador, es especialmente el tutor de la cristiandad *(dominus mundi)*, el defensor de la fé, patrono de la Iglesia en todos los países, influye en las elecciones pontificias é interviene en la convocacion de los Concilios universales.—Pero la majestad de su cargo no coloca á la persona del emperador por encima de la ley. Por infringir el derecho canónico, podia ser sometido á penitencias públicas, y aun puesto fuera *de la ley (au ban de l'empire)*; y por infringir el derecho civil, podia ser acusado por los príncipes ante el tribunal de éstos, presidido por el conde palatino del Rhin (1).—En la forma de la eleccion del rey, se opera una concentracion contínua en ménos personas. Al principio, los altos dignatarios y vasallos del Imperio proponian, y el pueblo, presente en gran número, declaraba su consentimiento levantando las manos; pero, despues de caer en desuso una forma intermedia, en que habia desaparecido ya la participacion del pueblo, vinculóse el derecho electoral en los siete príncipes electores, á quienes lo confirmó la bula de 1536, á saber: tres eclesiásticos, los obispos y arzobispos de Maguncia, Tréveris y Colonia, y cuatro seculares, el conde palatino del Rhin, el duque de Sajonia, el margrave de Brandeburgo y el rey de Bohemia.

2. *Modificaciones en la organizacion provincial* (2).—Grandes mudanzas introdujo el principio de la herencia de las dignidades del Imperio, contrario á la organizacion carlovingia. De las tres instituciones importantes, los delegados ó comisarios reales, los condes de las marcas (margraves) y los de palacio (palatinos), la primera no pudo conservarse, andando el tiempo. El espíritu de las diversas razas, al re-

(1) WALTER, §§. 228 y 229.
(2) WALTER, §. 163, etc.

conquistar su fuerza, reprodujo las dignidades ducales hereditarias. Con su restablecimiento, distinto en cada particular raza, trasladóse el centro de gravedad de la administracion á las provincias, otorgándose á los duques una parte de las atribuciones que poseian los antiguos comisarios y declinando ante su poder el de los palatinos, que, en un principio, al cesar los comisarios, se constituyeron en representantes del rey para auxiliar á la administracion de justicia é inspeccionar los bienes y rentas públicas. En el siglo XIII, los palatinos de Sajonia, Baviera, Franconia y Suabia existian aún; pero no tenian ya poder alguno en los territorios de los príncipes, y hasta su cargo se convirtió en un empleo usual de éstos. Sólo el palatinado del Rhin se conservó como dinastía particular de príncipes *(maison princière)* y como dignidad del reino, investida de ciertos derechos. Entre los margraviatos, hubo dos que alcanzaron grande importancia histórica: el de la marca oriental, ó reino de Oriente *(Osterreich*, Austria), fundado por Carlomagno para defensa de la region inferior del Danubio, y el de Brandeburgo, que se relaciona sólo lejanamente con las marcas que aquel soberano erigió á la derecha del Elba, para defensa tambien contra los eslavos (1). Pero, cuando la dignidad ducal se hizo peligrosa, merced á la herencia, no sólo para la respetabilidad del emperador, sino para otros grandes directamente dependientes de éste, obispos, condes y señores, nació en éstos tambien la aspiracion á adquirir los derechos anejos á los ducados, en parte, á consecuencia de las tendencias particularistas dominantes, y en parte, para los ducados á los cargos del reino que poseian. Esta aspiracion fué apoyada á su vez por los emperadores, con el fin de debilitar el poder de los duques. Así se hicieron hereditarios los

(1) WALTER, §. 164.

condados, especialmente cuando se les unió beneficios de importancia. Los obispados y abadías alcanzaron grande incremento en sus dominios seculares, con lo cual se alejaron de sus funciones religiosas y se mezclaron demasiado en los negocios mundanos (1). Y recibiendo la investidura del rey, á causa de las regalías anejas á su cargo, y usando por esto báculo y anillo, de suerte que hasta su mismo oficio eclesiástico parecia que lo recibian de aquel, surgió la cuestion de las investiduras, terminada por el Concordato (2) Calixtino (1122).—De estas modificaciones, nacieron entre todos los grandes eclesiásticos y seculares, desde fines del siglo XII, dos categorías (poco despues, llamadas de los príncipes y los señores); comprendiendo, la una, aquellos que ejercian derechos ducales, llevasen ó no este nombre, y por tanto dependian directamente del reino; y la otra, los demás en quienes no concurrian dichas circunstancias.

3. *Origen de la soberanía territorial.*—De la combinacion de los indicados derechos ducales con las inmunidades (3) de los grandes eclesiásticos y seculares y con la herencia de los feudos y condados, se formó la soberanía territorial (4). Por las letras de privilegio del emperador Federico II (1220 y 1230), se confirmaron los derechos legítimamente adquiridos. Los de la soberanía territorial abrazaban la administracion de justicia, el poder tutelar ó patronato sobre los pupilos que se hallaban en el territorio, el derecho de llamamiento al servicio militar (5) y el de hacienda é impuesto, sacando el señor territorial, ya (sin necesidad del consentimiento de los Estados del país) ren-

(1) Walter, §. 177.
(2) V. pág. 289, nota.
(3) V. pág. 285.
(4) Eichhorn, §. 299, etc. Walter, §. 195.
(5) *Pendon y caldera*, entre nosotros.—(*N. T.*)

tas de los dominios, regalías y aprovechamientos, multas, contribuciones, ya (con asentimiento de ellos) auxilios ó subsidios (*stiura* (1), refuerzos). El señor tenia su córte y sus empleados en ella, como el emperador. Tenia tambien su Dieta de córte (*Höftag*) y su Dieta territorial (*Landtag*), la última consagrada especialmente á concertar las diferencias entre los grandes y á ejercer la jurisdiccion voluntaria. La citacion de los grandes era requerida en todos los asuntos importantes del país (2).

4. *El feudalismo* (3).—Era el vínculo general que enlazaba á todas las partes. Ya se ha indicado que el feudalismo imperial se formó, convirtiéndose en beneficios las grandes dignidades y en vasallos los funcionarios del Imperio; la herencia de los empleos oscureció el concepto de éstos y los hizo aparecer como objeto inmediato del beneficio ó feudo. Ahora bien, los feudos imperiales fueron, desde las instituciones del siglo XII, los ducados, los margraviatos ó marquesados, palatinados y landgraviatos (4) y los condados inmediatamente dependientes del Imperio, cuando no estaban dados en propiedad, así como los señoríos de ciertos bienes del Imperio, jurisdicciones, derecho de vida y muerte (5) y otras regalías.—Pero, aun en los territorios particulares, hizo el feudalismo mayores progresos. Las muchas vejaciones de la guerra perpétua, la necesidad de procurarse el amparo del más fuerte habian hecho que muchas veces se entregase á los grandes eclesiásticos y seculares la propiedad libre, reservándose ciertos derechos; ó bien á pagar un interés ó censo por ella, conservando la propiedad del suelo. Agrégue-

(1) *Stärkung*, en aleman.—(*N. T.*)

(2) Walter, §. 263.

(3) Walter, §. 238.

(4) *Mark-Pfalz-und Landgraffschaften.*—(*N. T.*)

(5) *Horca y cuchillo*, entre nosotros.—En aleman, *Blutbann*, derecho de sangre, de vida y muerte.—(*N. T.*)

se que los hombres libres, pero pobres, se libraban de este modo de entrar en el servicio militar, tan opresor para ellos, sustituyéndolos, en parte, el aumento de soldados de condicion servil, en parte, hombres libres que se dedicaban al oficio de las armas, á cambio de beneficios, y eran recibidos en el servicio como vasallos. Por este último camino, muchas fincas de la Iglesia y diezmos volvieron á manos de los seglares (1). Pero los mismos poderosos propietarios territoriales, que tenian que servir á caballo en el *Heerbann*, preferian, para hacerse respetar más y lograr ciertas ventajas, darse en vasallaje á un señor, constituyendo sus propiedades en feudo. Este movimiento en sentido feudal, así en los feudos imperiales como en los otros, llegó á ser tan predominante, que se procuró relacionar con él hasta los mismos señorios alodiales, como feudos libres (2). La herencia, aún de los feudos que no se referian á cargos del Imperio se fué estableciendo gradualmente por la costumbre. Razones particulares la favorecian en los feudos otorgados. En Italia, Conrado II, por decreto de la Dieta imperial de Pavía (1037) hizo ley la herencia, y él mismo la favoreció tambien en Alemania, donde despues del siglo XII vino á ser costumbre. Los vasallos se hicieron de este modo más independientes de sus señores y, en general, se evitó la arbitrariedad en las cargas y sus malas consecuencias.

5. *Los ministeriales.*—En esta clase, los cambios fueron de importancia. Los ministeriales, que procedian ya de los tiempos de Carlomagno y formaban una clase propia y perfectamente distinta, así de los hombres libres como de los

(1) WALTER, §. 198.

(2) En el feudo libre *(Sonnenlehen)*, se encuentra, sin embargo, todavia una antigua concepcion religiosa sobre el orígen de la propiedad: V. el artículo de W. MENZEL en la Revista: *Germania*, 1855, número 1.

siervos comunes, se dividian en tres especies: 1.ª, ministeriales del Imperio, que, ó habian pertenecido siempre á éste, ó eran servidores del príncipe elegido emperador, y tenian voz y voto con los príncipes en las asambleas; 2.ª, ministeriales de los príncipes eclesiásticos, de las fundaciones y las abadías, los cuales tenian entre sí el mismo rango que los del Imperio EN MATRIMONIO; 3.ª, ministeriales de los príncipes seculares, condes y señores: la categoría de esta clase era inferior á la de las otras dos. Ahora bien, las modificaciones de su antigua condicion fueron producidas por recibir los ministeriales muchas veces beneficios *festen*, por resolverse su relacion de servidumbre en el derecho feudal, y por cesar, hácia fines del siglo XIII, la oposicion entre libres y ministeriales, desapareciendo hasta el nombre de servidumbre (1) en el XVI (2).

6. *Dignidades imperiales y áulicas* (3).—La suprema en el Imperio era la de archi-canciller, que, por lo comun, tenia uno de los tres obispos rinianos, concluyendo por asumirla perpétuamente el de Maguncia; si bien el desempeño ordinario de la cancillería no estaba á su cargo, sino al de un vice-canciller, nombrado por él.—Las cuatro grandes dignidades áulicas del período precedente, de senescal, mariscal, copero *(échanson)* y camarero, fueron anejas, desde el siglo XIII, á ciertas familias de príncipes. Pero estos oficios palatinos fueron por excepcion sólo desempeñados personalmente por sus titulares, adquiriendo poco á poco sus representantes este cargo como derecho hereditario, de suerte

(1) *Dienstwesen*, corvea.—(*N. T.*)

(2) WALTER, §. 211, añade: "despues de haber servido beneficiosamente por siglos para ennoblecer la servidumbre, para la educacion y la moral, para fundar una relacion de sumision digna é íntima en los súbditos y para desenvolver una administracion y organizacion territorial ordenadas."

(3) WALTER, §. 230, etc.

que, á más de un archi-mariscal *(Erzmarschall)*, habia un mariscal hereditario ó perpétuo, etc.

7. *Estados ó clases generales del Imperio* (1).—El emperador los convocaba en la Dieta y estaba obligado á oir su consejo, y aun á sujetarse á él cuando se trataba de los derechos legítimamente adquiridos de dichas clases ó brazos. Eran tres: príncipes, condes y señores; á los cuales, en el siglo XIII, se agregaron tambien delegados de las ciudades del Imperio. Con las Dietas, se combinaba tambien frecuentemente la celebracion de sínodos eclesiásticos. El procedimiento para tratar los asuntos no se hallaba aún reglamentado; pero en el siglo XV nació la práctica de que los príncipes electores se reuniesen en un colegio; los demás príncipes, condes y señores, en otro; y los delegados de las ciudades, en un tercero. Tambien celebraron además los emperadores muchas veces Dietas áulicas y de príncipes *(conventa curiae)*, reuniendo un corto número de grandes, bien para que preparasen las sesiones de la Dieta imperial, bien para concluir negocios de menor importancia.

8. *Constitucion militar del Imperio.*— Procediendo del antiguo *Heerbann*, experimentó un cambio esencial con la extension del feudalismo, por llegar á ser entonces la milicia feudal su más importante elemento. Los hombres de á caballo constituyeron la transicion á la clase de los caballeros. El senoriado asumió la relacion de sumision y la mayor parte del *Heerbann;* y la nacion apareció ahora dividida en dos sólas clases: la de aquellos que iban á las guerras y luchas del Imperio y la de aquellos que cultivaban el campo en su misma localidad, pero que se hallaban gravados con tributos y corveas, como vasallos de la tierra y protegidos *(Grundholder* y *Schutzhörige)* y cuya situacion, á causa de

(1) Eichhorn, §§. 290 y 435. Walter, §. 235, etc.

la progresiva opresion de los débiles por los más fuertes, se convirtió fácilmente en dependencia de la córte *(Hofhörigkeit)*. Despues de reformada la organizacion militar, cada clase del Imperio tenia que aportar su contingente, compuesto de sus dependientes, sus ministeriales y vasallos. Estos contingentes se distribuian segun el rango llamado de los siete blasones (1). Una matrícula imperial determinó posteriormente y con mayor exactitud los contingentes que debian aprontarse y cuya formacion y mantenimiento corria á cargo de las clases del Imperio. Una contribucion general de guerra que, con ocasion de la de los hussitas (1427), se impuso á todo el Imperio y se llamó tributo «del penique comun» (2) no tuvo éxito alguno (3).

9. *Las ciudades* (4).—Feliz desarrollo logró la constitucion municipal, merced á la cual, se produjeron fecundos gérmenes de una nueva clase, villas inteligentes é industriales, que debian desenvolver los principios germánicos de libertad y *self government*, caracterizando las instituciones de la Edad Media. La organizacion de estas ciudades brotó de raíz germana; no, como en otro tiempo se creia, del mantenimiento del municipio romano (5): pues las ciudades nacidas en las

(1) *Die sieben Heerschilde*, los siete blasones militares.—(*N. T.*)

(2) *Des gemeines Pfennigs*, del penique general, que debian pagar todos.—(*N. T.*)

(3) Eichhorn, §. 294. Walter, §§. 200, 249-253 y 431.

(4) Eichhorn, §. 310, etc. Walter, §§. 212-224.

(5) ¿Desapareció la organizacion municipal romana con la invasion de los bárbaros, ó subsistió hasta enlazarse con el movimiento comunal de la Edad Media? Savigny, A. Thierry y Eichhorn sostienen la afirmativa; C. Hegel, Arnold y Laurent, lo contrario. Si se entiende que una institucion desaparece, cuando pierde la forma y en parte la organizacion que tuviera, tienen razon los últimos. Si se estima que subsiste, cuando conserva algunos de sus elementos primitivos, los cuales se unen á otros nuevos, la tienen los primeros. No podian los municipios romanos continuar con el carácter propio que an-

márgenes del Rhin y del Danubio, bajo la dominacion romana, perdieron su organizacion durante las inmigraciones (1). Sólo en los siglos X y XI, volvieron á formarse las ciudades germánicas, pero de diverso modo; de suerte que, bajo el aspecto del poder público que existia al nacer su organizacion, hay que distinguir tres clases de ciudades: episcopales, reales ó imperiales y territoriales, que nacieron despues. La constitucion de las primeras, que eran sedes episcopales, se hallaba formada de privilegios de inmunidad, que á los obispos correspondian para sus ciudades. Las segundas pro-

---

tes tenian, en los momentos en que los germanos conquistaban el territorio del Imperio, asentando en él sus poderes; pero no desaparecieron por eso, sino que conservaron algunos cierta independencia interior y se trasformaron otros, confundiéndose con las unidades locales análogas que se iban formando en el órden religioso, las *parroquias*. Siendo de notar que, mientras en países tan romanizados como Castilla y Leon, desaparecen aquellos y son sustituidos por las parroquias, en otros, como Francia, Italia y Alemania, se manifiesta la existencia de algunos (*a*); y lo que es más extraño, en Inglaterra, donde suele pensarse que los anglos y los sajones hicieron tabla rasa de de la civilizacion romana (*b*), continuaron existiendo los municipios.

Además de aquel elemento eclesiástico, favorable al municipio, en cuyo nombre estipula á veces el obispo cuando se verifica la invasion, debe tenerse en cuenta que no era en modo alguno incompatible con esta institucion aquella organizacion administrativa y política de los germanos en tríbus, cantones, *hundreds*, etc., sino todo lo contrario.—(A).

(1) V. especialmente la obra capital de C. Hegel, *Historia de la organizacion municipal de Italia (Geschichte der Städteverfassung von Italien)*, 1847, segunda parte, y el artículo de la *Revista general mensual* de Kiel *(Allg. Monatschrift)*, 1854, p. 166.

(*a*) Lyon es la ciudad de Francia en que el hecho de la tradicion no interrumpida del derecho municipal romano se muestra más claramente; hasta ha mantenido siempre el *jus italicum*, y nunca ha pedido más (Laferrière, *Historia del derecho francés)*. Venecia conserva su propio poder desde el siglo III (Sclopis, *Historia de la legislacion italiana)*. Colonia mantiene en la Edad Media el *jus civitatis* ó *libertas romana* (Cathcart, apéndice á su traduccion al inglés de la *Historia del derecho romano en la Edad Media*, de Savigny, fuente interesantísima para el estudio de esta cuestion).

(*b*) En 804 se enseñaba el derecho romano en York, segun dice Cathcart.

cedian, en su mayor parte, de villas y caseríos de realengo y de los lugares fortificados por el Imperio. Por último, las ciudades territoriales nacieron de varios modos, cayendo en poder de un señor investido de derechos condales.

Estas distintas clases, cuyo gobierno, en un principio, se hallaba en manos del obispo, del preboste imperial ó del señorial y las más veces sólo con una representacion del estado llano por medio de regidores, crecieron tan rápidamente en prosperidad y poder, que la burguesía, deseosa de ello, obtuvo, por los siglos XII al XIII, una corporacion de consejeros, cónsules, jurados y aun burgomaestres, elegidos de su seno. Las ciudades formaron entre sí confederaciones (1); y su prosperidad hizo con frecuencia posible que, utilizando los apuros financieros de los príncipes, adquiriesen bienes fuera de su recinto y trajesen á sus manos la jurisdiccion y el prebostazgo. Mas desde el siglo XIV se verificaron en el interior de las ciudades importantes cambios, por el aumento y poderío de la clase artesana, que ahora reclamaba tambien su parte en las franquicias obtenidas (2). Los artesanos se habian unido desde el siglo XII en corporaciones, gremios, asociaciones, cuya existencia dependia de la confirmacion del señor de la ciudad, el cual tambien, cuando no el consejo de ésta, nombraba sus presidentes. Pero, en el siglo XIII, alcanzan los gremios, con bastante generalidad, el derecho de elegir por sí mismos sus maestros. Luchas tenaces, y aun sangrientas, que terminaron con ventaja de la clase artesana, les valieron tambien una participacion más importante en la administracion municipal, por cuanto aquellas concluyeron las más veces con el cambio de la antigua constitucion de las ciudades, cuya nueva base fué la division en gremios, que de esta suerte alcanzaron un cierto

(1) V. pág. 438 nota.
(2) WALTER, §. 222.

número de plazas en el consejo, y aun toda una seccion.

10. *Estado religioso, moral é intelectual.*—Desarrolláronse estos intereses en varias direcciones. El espíritu religioso, harto mejor y más vivo que el de sus mundanos representantes, fué penetrando gradualmente todas las relaciones de la vida, Derecho y Estado, ciencia, arte, industria; manifestó su eficacia práctica en un ámplio cultivo de la beneficencia, y á vueltas de ciertas superfetaciones y extravíos, tuvo un bello y noble florecimiento. El mismo poder creciente del Pontificado, tan favorecido por las falsas Decretales isidorianas, sirvió no pocas veces de bienhechor contrapeso á la rudeza de las costumbres y al egoismo y sed de dominacion, y procuró tambien con frecuencia traer al clero á más regular vida. Pero las grandes propiedades constituian una tentacion constante para pervertir la vocacion religiosa.—Las Cruzadas tuvieron grandes consecuencias. Prescindiendo del incremento que adquirió el comercio, por la apertura de nuevas vías terrestres y marítimas, la mayor aproximacion y recíproco trato entre las naciones fortificaron la conciencia comun de la cristiandad de un modo análogo á como la guerra de Troya habia engendrado la conciencia comun de los griegos; pero su verdadero, aunque exterior fin, á saber, la posesion de la Tierra Santa y del Santo Sepulcro, no pudo lograrse, y su fracaso movió al espíritu á buscar la santidad en su interior vida y ánimo. Al lado de las doctrinas rigurosamente escolásticas, manifestóse una tendencia mística profundamente inspirada en el sentimiento (S. Buenaventura † 1274). Comenzó á florecer el estudio de la literatura antigua, que fortaleció tambien la investigacion de las fuentes en la esfera teológica. Las Universidades (Paris (1) y Pra-

(1) Viena, 1375; Heidelberg, 1386; Colonia, 1388; Erfurt, 1392; Leipzig, 1408; Rostok, 1415; Lovaina, 1426; Maguncia, 1441; Greifswalde, 1456; Basilea, 1459; Friburgo, 1460; Tréveris, 1472; Ingolstadt, 1472; Tubinga, 1477; Francfort sobre el Oder, 1506.

ga, 1348) fueron los semilleros de una vida intelectual más libre. La mejora del espíritu religioso y moral, alimentado por más profundos estudios científicos, despertó exigencias más vigorosas por respecto á la vida eclesiástica, demasiado convertida á los intereses profanos; y no logrando satisfaccion éstas exigencias, antes creciendo la desmoralizacion del clero, se levantó doquiera el clamor de una reforma de la Iglesia en la cabeza y en los miembros. Pero, á la mayor libertad espiritual, conquistada por la ciencia, vino á unirse tambien la aspiracion á alcanzar mayor libertad jurídica y á quebrantar las condiciones feudales, demasiado estrechas en todos los órdenes. A esta tendencia sirvió grandemente la introduccion del derecho romano, tan propicio á la libertad personal en todo su sistema jurídico.

Época tercera.

Desde el establecimiento de la paz pública perpétua (1495), *hasta la disolucion del Imperio* (1806).

Abraza este período, por una parte, la aparicion de las oposiciones que en la anterior habian venido formándose; y por otra, el desarrollo de los elementos de civilizacion que, en primer término, perturbaron de raiz todo el órden de vida hasta entonces existente, conduciendo al cabo á la disolucion de esa constitucion: disolucion, ocasionada tambien por ciertas circunstancias exteriores. Así es como ahora se afirma la soberanía territorial ó provincial, frente á frente del emperador y el Imperio, asociándose á este contraste político el religioso, apoyado por aquel: pues sin fortalecerse la soberanía local, difícilmente habria podido hacer pié la Reforma, ni progresar con la rapidez con que lo hizo. Reobró ésta, por su parte, en pró de la soberanía territorial y obtuvo su más importante apoyo en el nuevo reino de Prusia, siem-

pre en aumento. En lo exterior, el Imperio se debilitó mucho con las turbulencias interiores. Mezclóse más el extranjero en los asuntos de Alemania, con lo cual aconteció que varios príncipes alemanes alcanzaron á su vez coronas extranjeras (1), como el elector de Sajonia Federico Augusto II la de Polonia (1697) y el de Hannover, Jorge, la de Inglaterra (1714). Amenazado al Oriente por la media luna, perdió el Imperio en Francia importantes territorios; y todavia fué suerte que el emperador pudiese apoyarse en una considerable fuerza militar. Y aun cuando, dada la tendencia, imposible de desconocer, de todos los príncipes en pró de los intereses de su propio país, no podia exigirse al emperador que sacrificase al Imperio la prosperidad de sus extensos Estados hereditarios, con todo, ese poder doméstico del emperador protegió no pocas veces á toda Alemania contra el extranjero y le conservó el respeto de Europa.

La historia de Alemania conviértese ahora en historia de los países particulares. Mas, á pesar de su debilidad política y de tantas guerras, cuya mayor parte se libraron en el suelo aleman, no cabe negar el progreso de su educacion intelectual, y aun moral y económica. Mientras que en Inglaterra y Francia desenvolvian opuestamente, aquella, la libertad político-civil; ésta, el poder del Estado, extendióse en Alemania, á partir de multitud de centros, una cultura más general y más proporcionada en todas direcciones.—El desarrollo intelectual logró un cultivo mayor y más elevado, merced á las Universidades, que, á consecuencia de la Reforma, en parte se mejoraron y aumentaron y en parte se instituyeron, por fin, segun nuevos principios superiores, (Halle, Gotinga); y en general, tomó alto vuelo en la cien-

(1) El número de dinastías alemanas, que, ya por eleccion, ya por alianzas matrimoniales, etc., ocupan tronos extranjeros, es hoy harto mayor.—(*N. T.*)

cia y la vida con el gran sistema filosófico de Leibnitz y Wolff, hijo del espíritu germánico. Hízose la filosofía, juntamente con el Estado y la Iglesia, una tercera potencia independiente y siguió siendo el verdadero principio de la reforma espiritual, que excitó y apoyó en todas partes la aspiracion á corregir el órden social y político, la legislacion civil y más aún la criminal, haciendo valer un elemento humanitario. La revolucion francesa abrió un paréntesis, hasta cierto punto, en este pacífico y natural desenvolvimiento; pero favoreció una concentracion mayor, por la mediatizacion de centenares de Estados eclesiásticos y seculares del Imperio, realizada por decreto de la Diputacion imperial (1806), bajo el influjo concertado de Francia y Rusia; dió un impulso, cuyos resultados era imposible suspender, á la reforma de las condiciones en que desde la Edad Media se venian hallando la agricultura y la industria y concluyó al cabo por disolver el Imperio (1806), que en 1815 recibió la forma de una Confederacion de Estados, cuya imperfeccion y cuya debilidad habian de resucitar las aspiraciones hácia una union más íntima, necesaria para el poder y situacion política de Alemania (1).

En esta época, hay que distinguir con precision la constitucion del Imperio y la organizacion territorial.

---

(1) Desde el comienzo de este período hasta la disolucion del Imperio, reinan: Maximiliano I (1493-1518); Cárlos (*a*) V (1519-1558); Fernando I (1558-1564); Maximiliano II (1564-1576); Rodolfo II (1576-1612); Matías (1612-1619); Fernando II (1619-1637); Fernando III (1637-1657); Leopoldo I (1657-1705); José I (1705-1711); Cárlos VI (1711-1740), con el cual se extingue la rama masculina de Habsburgo. Despues de la breve interrupcion del elector de Baviera, Cárlos Alberto, elegido emperador con el nombre de Cárlos VII (1742-1745), es elegido el esposo de María Teresa, Francisco I (1745-1764); sucediéndole José II (1764-1790); Leopoldo II (1790-1792) y Francisco II (1792-1806).

(*a*) Es nuestro Cárlos I de España.—(*N. T.*)

A.—*Organizacion del Imperio.*

1. *Principio fundamental.*—Recibió ahora el Imperio, cada dia más decididamente, la forma de un Estado federativo, enlazado por el nexo feudal. Una vez fortalecida la soberanía territorial, primeramente, por los llamados *privilegia de non evocando* (1370) y luego por la institucion del tribunal imperial—nombrado por el emperador en comun con los Estados—y por la division en círculos (10, desde 1521), cada uno de los cuales era una agrupacion particular de varios países mayores, la capitulacion electoral bien articulada y propuesta por los príncipes electores á Cárlos V (1521) y últimamente la paz de Westfalia (1648), que confirmó la soberanía *(souveraineté)* de los señores territoriales, aseguraron definitivamente bajo el punto de vista internacional, el carácter federativo del Imperio. Desde entonces se distinguieron el derecho político imperial y el territorial y aun se cultivaron separadamente por dos partidos científicos: el de los cesaristas y el de los principistas *(Cäsarianer* y *Fürstnerianer)*.

El emperador, desde Fernando I, no se coronó ya en Aquisgran, sino en el lugar de la eleccion (Francfort, sobre el Mein); y su consagracion pontificia, como emperador romano y rey de Lombardia, tuvo lugar por última vez con Cárlos V (1530). Desde entonces, se llamaron sus descendientes «emperadores romanos electivos» y el título de «rey de Roma» sólo se usó para el sucesor elegido de antemano. Los derechos del emperador fueron limitándose cada dia en pró de los Estados generales y desapareció la antigua idea de la omnipotencia imperial *(plenitudo potestatis)*. Aquellos derechos (1) comprendian, en parte, los que le estaban reservados *(jura reservata)*, ya ilimitadamente, ya con acuerdo

(1) Walter, §. 318.

de los príncipes electores; en parte, los que sólo podia desempeñar con los Estados generales, como el de dar leyes al Imperio. Eran los primeros el veto absoluto en estas leyes, el ejercicio del señorío feudal *(souveraineté)* del Imperio, como *prodominus*, el de representar á éste en el exterior—derecho limitado en cuanto á la conclusion de tratados y á la declaracion de guerra—, el de nombrar á los condes palatinos y al personal del Consejo áulico imperial, el de otorgar privilegios y títulos, el de conceder á las Universidades (la última fué la de Gotinga—1733) la facultad de conceder los grados académicos y el de crear notarios imperiales.

Al frente de los negocios, se hallaba, lo mismo que antes, el elector de Maguncia, en concepto de archi-canciller, pero representado en la córte imperial por un vice-canciller. El órden de los asuntos se determinó por Fernando I (1559) de tal modo, que los del Imperio estaban separados de los pertenecientes á los Estados hereditarios del soberano confiándose al Consejo áulico actual, que funcionaba con el doble carácter de Consejo del soberano en los asuntos políticos, feudales y graciosos y de tribunal que inmediatamente representaba al emperador, como fuente de la jurisdiccion en el Imperio. El tribunal de la Cámara imperial era, por el contrario, principalmente, nombrado por los Estados generales, pero fué insuficiente y la marcha del procedimiento por extremo lenta (1).

Electores.—Su número de siete se aumentó á ocho por la paz de Westfalia y posteriormente (1691) á nueve, quedando otra vez en ocho al extinguirse la casa electoral de Baviera (1777) hasta 1803. Fueron limitadas, por la paz citada, sus prerogativas, para garantizar las cuales habian

(1) Una visita del tribunal de la Cámara imperial, ordenada por el emperador José II (1772), hizo constar que habia sin terminar 61.233 procesos.—V. WARNKÖNIG, *Encicl.*, p. 507.

renovado (1555) la asamblea electoral, por la prescripcion de que los más de los negocios del Imperio debiesen tratarse en la Dieta, consultando los Estados generales reunidos.

Estados generales.—Por una parte, habia señoríos, que dependian directamente del Imperio, sin gozar de la preeminencia de formar parte de los Estados generales, como acontecia con bastantes caballeros *(Reichsritter)*, reunidos en corporaciones; y por el contrario, algunos señoríos que, habiendo caido en vasallaje de un príncipe, no perdieron por esto aquella prerogativa. De los 334 señoríos que al comenzar el siglo XIX existian, sólo 266 la disfrutan. Este órden de cosas mudó completamente por el decreto supremo de la Diputacion imperial (1803), que secularizó todas las posesiones eclesiásticas, excepto tres, y privó de su carácter de no depender sino directamente del Imperio á todas las ciudades libres, salvo Augsburgo, Nuremberg y las cuatro actuales (1).

Asamblea del Imperio.—Se dividió en tres colegios ó curias: 1.ª, la de los electores: 2.ª, la de los príncipes, condes y señores: 3.ª, la de las ciudades imperiales. Para las resoluciones de la Dieta *(suffragium imperii)*, se requeria la conformidad de las tres curias y la sancion del emperador. En cada curia, decidia la mayoría, por regla general; pero especialmente en los asuntos religiosos, se necesitaba la unanimidad; cuando no se conseguia, era lícita una *itio in partes.* La Dieta imperial, á la cual, durante los siglos XVI y XVII, asistian frecuentemente en persona el emperador y los restantes órdenes, á partir de la celebrada en Ratisbona (1663) y convertida en «permanente», constaba sólo de enviados, lo que hizo todavia mucho más lenta la marcha de los ne-

(1) En los tiempos en que el autor escribia, Francfort s. M., Lübeck, Brema y Dantzik. Hoy Francfort ha perdido este carácter, como más adelante veremos.—(*N. T.*)

gocios. Para la defensa de los intereses religiosos, todos los miembros católicos y todos los evangélicos de los Estados generales formaron por separado, en la Dieta y en el Imperio, dos corporaciones *(corpus catholicorum* y *corpus evangelicorum)*, presididas, la de aquellos, por el elector de Maguncia, y por el de Sajonia, la de éstos.

Organizacion militar, financiera, judicial y de policía. —Hallábanse en el más lamentable estado. El ejército imperial, compuesto de pequeños contingentes, rara vez completo, y que, especialmente desde la guerra de los hussitas, constaba de soldados, no conservó alguna importancia, sino porque el emperador, en sus guerras como tal, traia además consigo tropas de sus Estados hereditarios.—La hacienda del Imperio se reducia á la distribucion de los llamados «meses romanos» *(Römermonate)*, hecha segun la matrícula de 1521 (128.000 florines, en un tiempo, y sólo 58.280 desde 1737). El órden de los caballeros imperiales contribuia con un *subsidium charitativum*.—La administracion de justicia, desempeñada por el concurso del tribunal de la Cámara, trasladado á Wetzlar (1689), como tribunal supremo de apelacion para los súbditos directos del Imperio, y del Consejo áulico, se hallaba en mal estado. Añádase á esto que á los señores territoriales se les fué otorgando más y más cada dia un *privilegium de non appellando*, si bien, en este caso, es cierto que estaban obligados á tener tribunal de tercera instancia (1); y que al emperador, con frecuencia, correspondia el poder ejecutivo, sobre todo cuando la parte vencida interponia el «recurso á la Dieta,» que al cabo se hizo habitual.—La policía, á pesar de tres ordenanzas, la última de 1557, que concernian á la moneda y las buenas costumbres (lujo en los vestidos, mendicidad, blasfemia, etc.) era impotente.

(1) Zöpfl, ii, p. 221.

B.—*Organizacion territorial.*

En los territorios, especialmente desde la paz de Westfalia, llegaron los señores locales á alcanzar casi la plena soberanía, llamada entonces *jus territoriale*, *jus superioritatis*, *Landeshoheit*. La bula de oro habia establecido la primogenitura para la sucesion de los príncipes electores seculares, órden imitado por los otros príncipes é introducido al cabo en los siglos XVII y XVIII en las restantes casas que tenian asiento en los Estados generales. Los señores territoriales obtuvieron el derecho, para atender á su seguridad y sin menoscabo del Imperio ni del emperador, de contraer alianzas, paz y guerra con las potencias extranjeras y de enviar representantes; á lo cual, se añadieron aún derechos mayores en los Estados protestantes, merced á la nueva constitucion eclesiástica y escolar. Limitáronlo sólo un tanto la legislacion del Imperio y, en el interior, los Estados provinciales, cuyos derechos eran muy diversos en cada país, segun sus privilegios y tradiciones; si bien tenian, por regla general, el de conceder los impuestos para las necesidades del país, frecuentemente la gestion del Tesoro público, y á veces, el de reunirse por sí mismos, restringiéndose estos derechos más cada dia bajo el influjo del absolutismo introducido por Luis XIII y Luis XIV en Francia. En el año 1670, llegó á presentar la Dieta una proposicion en forma al emperador Leopoldo I, para que otorgase á los señores territoriales el derecho ilimitado de imponer tributos á sus súbditos *(jus collectandi)*; pero el emperador opuso el veto á esta demanda. Al disolverse el Imperio, cesaron los Estados provinciales; y sólo el acta federal de 1815 (art. 13) volvió á prescribirlos de una manera general. Por el contrario, en los diversos Estados, especialmente en Prusia, y á su imitacion en otros países, se mejoró la organizacion militar, como se me-

joró tambien la Hacienda con la introduccion del impuesto de consumos, que, por su carácter indirecto, hizo contribuir á las mismas clases privilegiadas, desarrollándose igualmente la policía en esos territorios.

Apéndice.

El Imperio aleman, que habia vivido mil años, se disolvió cuando, á consecuencia del acta de la confederacion del Rhin (1), concluida bajo el protectorado de Napoleon, por diez y seis príncipes alemanes, primeramente, el emperador Francisco II, en una digna declaracion (2), renunció la corona imperial de Alemania. Caida la dominacion francesa, formaron (3) los príncipes soberanos y las ciudades libres de Alemania la *Confederacion germánica* (4), «union internacional» indisoluble, con el fin de «mantener la seguridad exterior é interior de Alemania y la independencia é inviolabilidad de los diversos Estados alemanes.» Garantizó la Confederacion á los súbditos de los Estados confederados ciertos derechos, como la igualdad civil y política de los miembros de las tres confesiones cristianas (5), una constitucion con Estados generales (6), la reorganizacion de los tribunales (7), con el recurso en queja contra la denegacion de justicia, el derecho de adquirir propiedad territorial en todos los Esta-

(1) 12 de Julio de 1806.

(2) 6 de Agosto del mismo año.

(3) 8 de Junio de 1815.

(4) Las leyes fundamentales de la Confederacion germánica son: el *Acta de la Confed. german. (deutsche Bundesacte)* de 8 de Junio de 1815 y la importante Acta final de las conferencias ministeriales de Viena de 15 de Mayo de 1820, que determina más al pormenor ciertas cosas.

(5) Artículo 16.

(6) Artículo 13 y Acta final de Viena, art. 54.

(7) Acta fin. de Viena, art. 29.

dos de la Confederacion (1) y trasladarse de uno á otro; é indirectamente prometió tambien favorecer aquellos fines que, sin pertenecer por sí mismos á la esfera de accion de la Confederacion, concerniesen á los intereses materiales y espirituales de la totalidad de los Estados ó del pueblo aleman. El órgano central de la Confederacion es la Asamblea federal, residente en Francfort sobre el Main; en ella corresponde (2) la presidencia á Austria y á Prusia la vicepresidencia. Todos los miembros se hallan representados de manera que, ora individualmente, ora por la agrupacion de varios, 17 apoderados tengan 17 votos. Cuando se trata de abolir ó modificar las leyes fundamentales de la Confederacion, de tomar resoluciones que se relacionan con la misma acta federal, de las instituciones orgánicas de la Confederacion y otras disposiciones diferentes relativas al bien comun, de declarar la guerra ó notificar la paz por parte de la Confederacion, ó de admitir un nuevo miembro en ésta (3), se constituye la Asamblea federal en pleno, con 69 votos, distribuidos en cierta proporcion entre los 17 representantes, atendiendo á la diversa magnitud de los Estados respectivos. Ninguna resolucion sobre las leyes fundamentales, instituciones orgánicas, *jura singulorum* ó asuntos religiosos puede tomarse por mayoría, ni en la Asamblea ordinaria, ni en el pleno (4).

Esta Confederacion, intermedia entre una federacion de Estados y un Estado federativo, debia trasformarse en una verdadera organizacion de esta última clase, á consecuencia del movimiento de 1848. Aquel ensayo fracasó, principalmente, por no atender bastante á las condiciones del tiempo; pero,

(1) Artículo 18.
(2) Artículo 5 de la ley federal.
(3) Artículo 6 y Acta fin. de Viena, art. 12.
(4) Artículo 7.

si se tiene en cuenta la irremisible exigencia de una union más íntima, así para el poder exterior, como para la tranquilidad y prosperidad de la Confederacion, debe servir para demostrar en adelante que, ni las teorías abstractas, ni las opiniones y recuerdos meramente históricos, sino, ante todo, la clara apreciacion de las necesidades actuales, pueden constituir la norma directriz para fundar una nueva organizacion política (1).

(1) A consecuencia de la guerra entre Austria y Prusia, que terminó en la batalla de Sadowa, se constituyó la *Confederacion de la Alemania del Norte*, de que formaban parte veintiun Estados; esto es, diez y ocho principados y tres ciudades libres, con arreglo á la Constitucion federal de 24 de Junio de 1867. Segun ésta, el poder legislativo de la Confederacion alcanza á las materias referentes á domicilio, derecho de ciudadanía, pasaportes, aduanas, monedas, pesos y medidas, bancos, privilegios de invencion, propiedad literaria, representacion consular, caminos de hierro, navegacion, correos y telégrafos, la legislacion comun en la parte relativa al derecho de obligaciones, el derecho penal, el mercantil, las letras de cambio y el procedimiento civil, la organizacion militar de la Confederacion y la marina de guerra, etc. La funcion legislativa la ejercen el Consejo federal y el Reichstag. Aquel se compone de representantes de los Estados confederados, repartiéndose los votos en la proporcion admitida en la asamblea de la antigua Confederacion germánica; y como Prusia se ha anexionado á Hannover, el Hesse-Electoral, el Holstein, Nassau y Francfort, tiene diez y siete votos; mientras que Sajonia tiene cuatro, Hesse uno, etc.—El Reichstag se nombra por eleccion general y directa, por sufragio universal. La Presidencia de la Confederacion pertenece á la corona de Prusia, que, por lo mismo, tiene derecho á representar á aquella en las relaciones internacionales, declarar la guerra y hacer la paz, y celebrar alianzas y tratados con los países extranjeros.

Más tarde, al terminarse la guerra franco-alemana, se formó el *Imperio aleman*, mediante la union de la Confederacion de la Alemania del Norte con los Estados del Sur, esto es, con Baviera, Wurtemberg, Baden y el Hesse-Rhiniano, con arreglo á la Constitucion de 16 de Abril de 1871, que está calcada sobre la de la Confederacion de 1867, salvas algunas modificaciones, no muy importantes, hechas á instancias de los Estados del Sur.

Si comparamos el actual Imperio aleman con la antigua Confede-

SEGUNDA SUBDIVISION.

OJEADA Á LA HISTORIA DE LAS FUENTES DEL DERECHO.

§. 1.—Época primera.

Fuentes del Derecho hasta la disolucion de la monarquía de los francos (1).

I. *Fuentes del Derecho* (2) *en general.*—Antes de su inmigracion, no conocian las tríbus germánicas (exceptuando los godos, segun refiere Jornandes) derecho escrito alguno; y se ignora cómo se conservaban en la memoria las reglas jurídicas, si por medio de pinturas ó de próverbios. La inmigracion ocasionó que se escribiesen, ya por temer que se perdiese su derecho tradicional; ya por la necesidad de establecer las nuevas relaciones entre vencedores y vencidos y de modificar, en vista del aumento de la riqueza, la importante tarifa penal; ya por último, á causa de la adopcion del Cristianismo, que suponia la reforma de las bases paganas con que se hallaba en íntima conexion el Derecho. Escribióse éste, á falta de una verdadera lengua ya forma-

---

racion germánica, encontraremos que, de ésta, formaban parte cuarenta Estados, y á aquel, lo constituyen veintisiete; que en el Imperio han entrado las provincias orientales de Prusia y la Alsacia-Lorena, no incluidas en la Confederacion, y que, en cambio, quedan excluidas las provincias occidentales de Austria, el gran ducado de Luxemburgo y el Limburgo; y que, mientras era antes la base de la organizacion política la doble preponderancia de Austria y de Prusia, ésta resulta hoy investida de un poder quizás superior al que en pasados tiempos tenia el emperador de Alemania.—(A.)

(1) Eichhorn, i, §§. 29-44 y §§. 142-157.—Zöpfl, ii, 1, §§. 1-20.—Walter, §§. 136-152.

(2) Véase además: *Las leyes germanas*, de Davoud-Oghlou (fr.); la *Historia del derecho francês*, de Laferrière (fr.), y la *Historia del derecho romano en la Edad Media*, de Savigny, trad. fr. de Ch. Genoux, 1839.—(A.)

da y literaria, en un latin más ó ménos corrompido, mezclado con muchas voces técnicas, germánicas y romanizadas, con la sola excepcion de las leyes anglo-sajonas, escritas la mayor parte en el idioma de este pueblo. Estos documentos, aceptados en las asambleas del pueblo, se llamaron *leges Barbarorum*, en oposicion á las *leges Romanae*, como, por ejemplo, la *lex Romana Visigothorum (breviarium Alaricianum)* y la *lex Romana Burgundionum* (1), que en el antiguo Imperio romano de Occidente existian para la poblacion no germana.

En efecto; los vencedores siguieron para con los vencidos el sistema llamado de «derecho personal», ó «de raza» (2), siendo juzgada cada raza conforme á su derecho (3): así, pues, á los vencidos de las provincias romanas, y por regla general el clero, pues nacionalidad y clase se resolvian ordinariamente una en otra, se les administraba justicia conforme al derecho romano (4). Los documentos en que se es-

(1) V. pág. 124.

(2) Este principio singular de las *leyes personales ó de raza*, que tiene sólo una analogía aparente con las especiales que han regido para extranjeros, judíos, etc., lo atribuye Montesquieu al amor de los germanos á su independencia y á su espíritu hospitalario; Savigny, á la necesidad de seguir la ley del orígen de cada cual, cuando tantas tríbus estaban confundidas; y otros al carácter tradicional de las leyes de estos pueblos y á las condiciones de la conquista. Bien puede suceder que todas estas razones hayan contribuido, siendo, por tanto, el respeto á los vencidos, que demuestra este principio, parte virtud y parte necesidad.—(A.)

(3) En los negocios jurídicos, la persona agente tenia que indicar mediante una expresa *professio juris* el derecho conforme al cual vivia. Es digno de notarse que, en Roma (824), los habitantes tenian que declarar tambien terminantemente segun qué derecho querian vivir.—Walter, §. 138.

(4) La *profesion de derecho* no era la eleccion de derecho, y sí la manifestacion de la nacionalidad, que era preciso hacer, sobre todo allí donde habitaban varias tríbus. Savigny sostiene que no estaba permitida la renuncia del propio derecho, esto es, del correspondiente

cribieron las leyes nacionales germánicas por clérigos ó por provinciales, y en los que se hallan tambien huellas del derecho romano, no han llegado hasta nosotros en su forma primitiva, sino todos con bastantes alteraciones é interpolaciones posteriores. Carlomagno, especialmente, para mejorar el órden jurídico, que habia llegado á ser por demás incierto, pidió informes sobre el derecho de cada pueblo en las diversas partes del Imperio, presentó en la Dieta imperial de 802 los textos legales á ellos referentes en copias enmendadas, que no se habian registrado todavia por escrito y reformó luego por medio de adiciones varios de esos derechos (1).

Forman el principal contenido de éstos el derecho penal, sobre todo, disposiciones sobre las penas de composicion y multa *(Busstaxen, amende)*, así como las aflictivas señaladas á los perturbadores de la paz pública; el derecho público del rey y sus autoridades; la situacion de la Iglesia, la organizacion judicial y el procedimiento; tocando sólo brevemente al derecho de familia, al de sucesiones y al de bienes, y sólo en sus rasgos más generales á los contratos. De aquí, que para muchas relaciones subsistiese un derecho consuetudinario no escrito. Estos derechos nacionales mues-

---

á la raza, fundándose: primero, en que se significaba por el nombre de la tríbu; segundo, en que una ley de Pipino dice que se conocia *ex nomine*, y este era el de la nacionalidad; tercero, en que la excepcion del hijo natural demuestra la preexistencia de la ley general, y cuarto, en que, siendo menor la *composicion* que se pagaba por la vida de los romanos, si hubiera dependido de su voluntad, habrian escogido la ley germana. Además, Luitprando ordenó que se extendieran las escrituras con arreglo á la ley de *orígen* de los contratantes. La Constitucion dada por Lotario á Roma, en 824, que es el fundamento principal de la opinion contraria, en tanto se dispone en ella que se pregunte al pueblo romano por qué derecho quiere regirse, tiene una sencilla explicacion, si se toma en cuenta la mezcla y confusion de razas que debió producir la larga série de guerras entre las varias tríbus que pasaron por Italia ó se asentaron allí.—(A.)

(1) WALTER, §. 140.

tran ciertas concepciones jurídicas comunes (1), nacidas de la afinidad entre diversas razas; pero el carácter propio de cada una ha impreso su sello en importantes modificaciones en los derechos particulares, de suerte que, desde un principio, la vida jurídica alemana revela su comunidad y su particularidad.

II. *Derechos particulares de los diversos pueblos* (2).— Son los siguientes:

1. La *Lex Salica* (3), la más antigua legislacion de raza que imperó en la mitad setentrional de Francia (4), se puso por escrito aun antes de la conversion de los francos al Cristianismo, siendo luego enmendada por Clodoveo († 511), redactada en cuatro textos, que deben distinguirse, varias veces revisados, difundida en muchas copias y traducida al alto aleman en el siglo IX. Hállase en esta ley una glosa que, á causa de la contínua adicion de la palabra *malb.* (Malberg, residencia del tribunal) es denominada «glosa malbergiana»

(1) ZÖPFL, II, 20, indica como idea comun á todos los derechos nacionales, v. gr., la concepcion de la union política como mero Estado de derecho (esta idea moderna no se halla, sin embargo, al ménos en la *Lex visig.)*, las de paz pública *(Landfrieden)*, compensacion *(Wehrgeld)*, multa penal *(Busse)*, *mundium*, posesion germánica *(Gewer)*, *proprium*, etc.; hallándose las mayores diferencias de pormenor en el derecho matrimonial de bienes y en las sucesiones.

(2) Estos derechos han sido estudiados fundamentalmente en los tiempos modernos por GAUPP, RICHTHOFEN, WAITZ y especialmente MERKEL. Se hallan tratados extensamente en las obras de EICHHORN, ZÖPFL, GENGLER y WALTER.

(3) Las mejores ediciones son: *Loi salique*, etc., por PARDESSUS; París, 1843; WAITZ, 1846; MERKEL, 1850.

(4) No se sabe la fecha de esta ley, y ni siquiera si es anterior ó posterior á la invasion. Lo que no cabe duda es que experimentó modificaciones sucesivas, debidas, segun algunos, á Clodoveo, Childeberto I, Clotario I, Childeberto II, Clotario II y Dagoberto, y los últimos por Carlomagno y Luis el Piadoso, y de aquí el nombre de *lex Salica enmendata* ó *reformata*. Siete octavas partes de las disposiciones que contiene son referentes al derecho penal.—(A.)

y declarada celta por algunos (Leo, Du Méril, Waitz), mientras que se tiene por otros como peculiar de los antiguos francos (J. Grimm) (1).

2. La *Lex Ripuaria s. Ripuariorum*, vigente, sobre todo, en las orillas del bajo Rhin, debió escribirse por encargo del rey de Austrasia Teodorico II (511-534), fué revisada por Dagoberto I (2) y aumentada con adiciones de la ley Sálica. —En el bajo Rhin, probablemente en tiempo de Carlomagno y utilizando el derecho ripuario y las Capitulares, se encuentra el derecho escrito cantonal de Xant *(Xantner Gaurecht)*.

3. La *Lex Burgundionum*, bajo el nombre de *lex Gundobalda (loi Gombette*, ley Gombeta), regia en la Galia meridional y hasta en Suiza, y fué redactada bajo el rey Gundobaldo, hácia 500. Por el contrario, la poblacion que en esa misma comarca vivia bajo el derecho romano, se gobernaba por el *breviarium Alaricianum* (3), que se extendió desde allí á la Galia setentrional (4).

4. La *Lex Alamannorum* (5), primeramente escrita, hácia 550, con el nombre de *Pactus*, añadiéndosele bajo Clo-

---

(1) *Hist. de la leng. alem. (Gesch. d. d. Spr.)*, n. XX y otros.

(2) Y antes por Childeberto y Clotario, y despues por Carlomagno en su capitular del año 803: *sive de lege ripuarensi*. Entre otras monografías de esta ley, hay la de Weber: *de legibus salica et ripuaria commentatio*, Heidelb. 1820; y la de Rogge: *de peculiari legis Ripuariae cum salica nexu*, Regiom. 1823.—(A.)

(3) V. pág. 124.

(4) Adicionada por Segismundo y por Godemar. Aparece hecha en una asamblea de *optimates* y firmada por treinta y dos condes, uno de ellos romano.—(A.)

(5) Segun un preámbulo de la ley Sálica, el rey Teodorico fué quien ordenó la redaccion del derecho consuetudinario de los alemanes; pero no se llevó á cabo sino en tiempo de Clotario II, el cual la publicó despues de haberla discutido con el clero, representado por treinta y tres obispos, y con el pueblo, representado por treinta y cuatro duques y setenta y dos condes. En 1851, Merkel publicó el texto de esta ley en la coleccion de Pertz: *Monumenta Germaniae historica*.—(A.)

tario II (613-628) una *Lex*, fué completada bajo Dagoberto (+ 638), renovada bajo el duque Lanfredo (+730), y hecha copiar por Carlomagno en manuscritos corregidos.

5. La *Lex Bajuvariorum* fué redactada tambien bajo Dagoberto I, pero estaba formada de un antiguo pacto, con inclusion de varias disposiciones del Código visigodo (de la compilacion de Recaredo), y de la ley de los alemanes.

6. Las *Leges Longobardicae*, primeramente coleccionadas por el rey Rotaris (643), fueron aumentadas con adiciones de Grimoaldo (668), Luitprando (712-744), Rachis (746) y Astolfo (748 y 754). Hácia fin del siglo XI, se pusieron en órden sistemático, glosándolas y dividiéndolas en tres libros, bajo el nombre de *Lombarda* (1).

7. La *Lex Angliorum et Werinorum, hoc est, Thuringorum* (turingios, y segun H. Müller y Waitz *Thoringer* del bajo Rhin), nacida igualmente en los tiempos paganos y revisada en la Dieta de Aquisgran (802), está caracterizada por una mezcla de elementos anglo-verinos, francos y saxofrisones (2).

8. La *Lex Frisionum* (3) y

9. La *Lex Saxonum* fueron ambas reducidas á escritura en tiempo de Carlomagno.

10. La *Lex Wisigothorum* debió escribirse primero bajo el rey Eurico (466-484) y refundirse bajo Recaredo I (586-601). Chindasvinto (642-652) es sabido que hizo un nuevo Código, corregido por su sucesor Recesvinto y obligatorio para visi-

(1) No deben confundirse las *leges Longobardorum* con la *lex Lombarda*, compilacion sistemática, compuesta de varios elementos, y debida á un jurista del siglo XII, cuyo nombre no es conocido.—(A.)

(2) Gengler, p. 165.

(3) Redactada á fines del siglo VIII, Carlomagno la adicionó más tarde con las disposiciones incluidas bajo el título de *Additio sapientium*.—(A.)

godos y romanos: Egica († 701) y Witiza († 710) prepararon otra segunda revision. Este Código, llamado tambien *Forum judicum* (1), estuvo en uso largo tiempo (2); todavia en el siglo XIII dispuso Fernando III (1241) una version española

(1) Los diversos juicios sobre este extenso Código pueden verse en Gengler, p. 135. En él se advierten tambien, á pesar de una civilizacion más adelantada, la tendencia á cierta anarquía, así como un espíritu de intolerancia.

(2) Nada más frecuente que esta confusion, por parte de los escritores extranjeros, entre la *lex Visigothorum* y el *Fuero Juzgo*, como si éste fuera á modo de una nueva edicion aumentada de aquella. Los godos tuvieron, en virtud del principio de las *leyes personales ó de raza*, una para los vencidos (el Código de Alarico, ó Breviario de Aniano) y otra para los vencedores (la *lex Visigothorum)*; y luego vino el Fuero Juzgo, que tiene muchos elementos de aquella y más todavia de ésta, pero que es un Código independiente, de carácter *territorial* y más perfecto y completo que los anteriores, así como lo es más que todos los que á la sazon régian en Europa.

Es sabido que el primitivo Código visigodo sólo se conoce en parte; y esto, merced á la casualidad. En el siglo VI, un copista hubo de servirse, con otros pergaminos, de un ejemplar de aquel para escribir el *tractatus de viris illustribus* de San Jerónimo. Esta copia estuvo en el monasterio de Corvie, hasta el año 825; pasó de allí al de los benedictinos de San German de los Prados; y en 1750, los monjes de San Mauro lo descubrieron. La Biblioteca de París adquirió el Códice; Knust comenzó á descifrarlo en 1839; continuó este trabajo Blume y lo publicó en 1847 con el título de *Reccaredi, Wisigothorum Regis, antiqua legum collatio*; y entre nosotros, el Sr. D. José García y García ha seguido el mismo camino en la obra de restablecer textos y llenar vacíos. Véase el notable discurso que leyó sobre la *Historia de la ley primitiva de los visigodos y descubrimiento de algunos de sus capítulos*, al tomar la investidura de doctor, Madrid, 1865.

En cuanto á quién fué su autor, Blume, como se ha visto, lo atribuye á Recaredo y Merckel es de esa misma opinion: Petigny sostiene que es Alarico, parecer que es el ménos seguido; y Gaupp lo atribuye á Eurico, fundándose en que la pureza del lenguaje y la correccion del estilo indican corresponder el Código á una época anterior á Recaredo, y en que San Isidoro dice que Eurico fué el primero que dictó leyes. En apoyo de esta última opinion, que es la generalmente aceptada hoy, pueden citarse á Sidonio, el Cronicon de Cardeña, al arzo-

(en castellano antiguo), bajo el nombre de *Fuero Juzgo* (1).

11. Las leyes anglo-sajonas (2), de fines del siglo VI, hasta el XI (3).

---

bispo D. Rodrigo, Alfonso de Cartagena, el Bruguense, los padres Bolandos y los Maurinos.

Por lo que hace al Fuero Juzgo, como en él se encuentran leyes de Leovigildo, Sisenando, Chindasvinto, Recesvinto, Ervigio y Egica, de aquí, en parte, la variedad de pareceres respecto de quién fué su autor. Y como en Chindasvinto se reune, á la circunstancia, que le es comun con Recesvinto, de aparecer como autor de numerosas leyes (hasta ciento una en los Códices latinos), la de haber prohibido dejar en los tribunales disposiciones del Breviario, por esto se le atribuye la formacion de aquel, sin desconocer el valor que tienen las leyes, tambien numerosas, de Recesvinto y las correcciones de Ervigio y de Egica.—(A.)

(1) Para un estudio más ámplio del derecho visigodo, pueden consultarse: Blume, *El antiguo Código visigodo ó de Recaredo I (Die westgothische antiqua oder das Gesetzbuch Reccareds der ersten)*, Bonn, 1847 y *Crítica del texto del derecho visigodo y de las* leges antiquae *de Recaredo (Zur Textenkrit. des Westgothenrechts und Recared's* leg. ant.), Halle, 172; así como Dahn, *Estudios visigodos (Westgothische Studien)*, de la cual hay un ligero extracto de Alberto del Vecchío en la revista *Archivio juridico*, Pisa, 1865, t. XIV, p. 558 á 562; y *Los reyes de los germanos (Die Könige der Germanen)* en VI tomos, Munich y Wurzburgo, 1861 á 71.—Además, el Sr. Perez Pujol, prof. de der. en la Universidad de Valencia, viene preparando desde hace tiempo un detenido estudio sobre el derecho visigodo, con vista de todos los trabajos publicados sobre el particular.—Debemos estas indicaciones al bibliotecario de la Academia de Jurisprudencia y Legislacion, señor Torres Campos, citado en otras ocasiones.—(*N. T.*)

(2) La primera redaccion del derecho consuetudinario de los anglo-sajones se hizo en tiempo de Ethelberto (591 á 604); desde entonces hasta el siglo XI, se adicionan y publican sucesivamente, habiendo hasta diez y siete monumentos legales, cuatro pertenecientes á la heptarquía y trece á la monarquía anglo-sajona. Wilkins ha publicado una traduccion latina, en Lóndres, en 1721: *Leges anglo-saxonum ecclesiasticae et civiles*, y el gobierno inglés ha hecho publicar los textos originales, bajo el título de *Instit. del der. ant. de Inglaterra (Ancient law's institutes of England)*, Lóndres, 1840.—(A.)

(3) Publicadas en su lengua original, con la traduccion, por R. SCHMIDT, parte I, 1832.

III. *Las Capitulares* (1).—Las ordenanzas generales y provinciales del reino de los francos, llamadas, durante el período merovingio, *constitutiones*, *edicta*, etc., y *capitula*, *capitularia*, en el de los carlovingios, se daban por los reyes, ya sólos, ya con la cooperacion de la Asamblea del Imperio y aun del pueblo todo, redactándose en latin. Refiérense especialmente á la organizacion política y judicial, la justicia penal, el llamamiento á las armas, la policía de seguridad y de las costumbres, la Iglesia y la escuela, el tráfico y el comercio, la hacienda y los asuntos económicos de la córte. Nada se ha conservado de los documentos y copias oficiales, á excepcion de dos pequeños fragmentos. Las colecciones de Capitulares se han formado, pues, de copias posteriores. El abad Ansegiso fué quien preparó la primera (827), en cuatro libros. Otra, ulterior (845), del diácono de Maguncia Benito el Levita, está en su mayor parte formada, no de Capitulares, sino de fuentes romanas y canónicas.

IV. *Fórmulas*.—Eran las *Formulae*, formularios para los asuntos jurídicos y señalan el comienzo de un estudio y profesion científicos del Derecho. Entre las colecciones de fórmulas, la más importante es la del monje Marculfo (hácia 600), en dos libros *(chartae regales* y *chartae pagenses)*. Los otros formularios, posteriormente hallados (2), reciben su nombre (3), ya del lugar para el cual se dictaron, ó

---

(1) La mejor edicion crítica de las *Capitulares* es la de PERTZ en los *Monum. Germ. hist.*, t. III, 1835; t. IV, 1837.

(2) V. su exacta enumeracion en WALTER, §. 152.

(3) En 1854, de Roziere encontró en la Biblioteca Nacional de Madrid cuarenta y seis fórmulas contenidas en un Códice del obispo Pelayo, traido por Ambrosio Morales al archivó del Escorial, y que se refieren á una época anterior al Fuero Juzgo, publicándolas con el título de *Formules wisigothiques medites*, París, 1854. Los Sres. Marichalar y Manrique las han incluido en su *Historia de la legislacion*, p. 37 á 86, t. II.—(A.)

en que se han descubierto (*f. Arvernenses, Alsaticae s. Sangallenses*, etc.), ya del redactor (*f. Baluzianae, Lindenbrogii*, etc.)

§. 2.—Segunda época.

Fuentes del Derecho desde 888 *hasta la paz pública perpétua* (1495).

En esta época, siguen rigiendo, en cuanto al derecho público, las leyes de los reyes francos, á las cuales se agregan las imperiales de la Edad Media, que se refieren principalmente á la paz territorial y á las penas por su quebrantamiento, y sólo poco á la esfera privada (1).

Para las relaciones predominantemente privadas, verificóse en las fuentes un cambio gradual, revistiendo el sistema de la legislacion personal un carácter principalmente local y convirtiéndose en el siglo XIV el derecho nacional en provincial (*Landrecht*). Los documentos latinos, que por lo demás casi no contenian sino el derecho penal, hiciéronse extraños al pueblo. Las relaciones civiles se juzgaban por reglas consuetudinarias que, escritas ó no, constituian la más importante fuente.

Este es el tiempo del florecimiento del derecho feudal, el establecimiento del canónico y la adopcion del romano.

Deben considerarse por separado las fuentes del derecho privado y feudal, el longobardo y el canónico.

I. Las fuentes del derecho *privado* aleman se dividen en comunes y particulares.

A) Las fuentes del derecho *comun* privado son las leyes del Imperio y especialmente los libros jurídicos.

(1) Los materiales existentes aún hasta 1313 se hallan acopiados en el IV (II) tomo de los *Monumenta Germaniae*.

a) Las leyes del Imperio conciernen sólo en parte al derecho civil, al procesal y al penal.

b) La fuente más importante la constituyen los llamados «libros jurídicos» (1) y son copias y refundiciones del derecho vigente, hechas por particulares, pero que obtuvieron las más veces fuerza de ley. Estos libros, redactados en tiempos en que todavia no se habia fortalecido bastante la soberanía territorial para particularizar el derecho segun las diversas comarcas, contienen un derecho comun, nacido del sentido jurídico aleman, poco influido por el derecho extranjero, aunque mezclado muchas veces con derechos particulares. Su relacion se hizo casi como presintiendo el obstáculo ya cercano, que al desenvolvimiento del derecho germánico habia de oponer la adopcion del romano.—Estos libros jurídicos son:

1) El *Espejo de Sajonia (Sachsenspiegel)*, que comprende (2) el derecho territorial y el feudal sajon, fué redactado, á lo ménos en lo que concierne al primero, por un caballero regidor *(échevin, Schöff)* de Anhalt, Eike de Repgow (3), probablemente hácia 1226; pero segun Walter (4), entre 1231 y 1235. La disposicion de las materias es confusa; mas la

(1) Walter, §. 299, etc.—Zöpfl, II, 1, p. 106, etc.

(2) La mejor edicion completa del *Espejo de Sajonia*, derecho territorial y feudal (con el *auctor vetus de beneficiis)* es la de Homeyer, 2.ª ed., 1842-44, 2 vol.—Otra ed. esmerada, con una excelente traduccion es la de Sachse, 1848.

(3) Muchos, entre ellos Walter (§. 297), suponen que originariamente fué escrito en latin y traducido luego al aleman, mientras que otros lo ponen en duda. Por lo ménos, ninguna huella queda del texto latino; del aleman, se conservan manuscritos en dialectos medio y alto, y ya aun antes versiones latina, holandesa y polaca. La obra se hizo fuente del derecho de los caballeros livonios.—El *Espejo de Sajonia* es todavia hoy derecho vigente en muchos países, en la Sajonia real y la ducal.

(4) Walter, §. 297.

exposicion, por respecto á la concision y precision, no carece de mérito. Aunque destinado á Sajonia, su núcleo es derecho comun. A la parte consagrada al derecho territorial, se puso una glosa, hácia 1340, probablemente por el caballero de Buch, de la Marca, que ya anteriormente habia redactado una guia para el procedimiento bajo el nombre de *Guia (Richtsteig*, camino abreviado) *del derecho territorial*, glosa de los regidores ó asesores *(Schöffenglosse)*, á la cual se añadió en la segunda mitad del siglo XIV una *Guia del derecho feudal*. En Sajonia, este derecho, sobre el cual escribió probablemente el mismo autor, y teniendo en cuenta el derecho provincial, una obra rimada, primero en latin, llamada por sus editores *auctor vetus de beneficiis*, fué trasladado probablemente por él mismo al aleman, refundiéndolo y tratándolo de un modo más libre y completo. Pero de la antigua obra latina, algo aumentada, se hizo todavia á fines del siglo XIII otra traduccion especial alemana, que, á causa del lugar en que se conservaba el manuscrito, se denominó *Derecho feudal de Görlitz (Görlitzer Lehnrecht)*.

2) El libro llamado *Espejo de Suabia (Schwabenspiegel)* y en los manuscritos, simplemente, *Derecho territorial y feudal* y más tarde *Derecho imperial*, se compuso con la tendencia de sobreponer á todos los derechos provinciales un derecho comun basado en el *Espejo de Sajonia* (en su forma primitiva), pero modificado y completado por el derecho romano, el *Brachylogus*, la Biblia, el derecho canónico, el internacional (especialmente, las leyes de los bávaros y alemanes), las capitulares y las leyes imperiales, por un autor desconocido, que refundió asimismo el derecho feudal, siguiendo el del Sur de Alemania, que conocia. La obra entera nació entre 1276 y 1281. La exposicion y el estilo carecen de la precision jurídica del *Espejo de Suabia*. En éste se apoya el libro de Roberto de Freysing (1328), que comprende un derecho

particular para el país de Freysing, llevando anejo un libro de derecho municipal y distinguiéndose por su carácter científico.

3) El *Pequeño derecho imperial (Kleine Kaiserrecht)*, de autor desconocido y compuesto probablemente hácia 1400 y en dialecto alto aleman, aspira á dar un derecho general del Imperio, por lo cual quizá se inclina frecuentemente al derecho franco; pero tiene escaso valor.

B. Las fuentes del derecho *particular* son las sentencias de hombres buenos, y los derechos territorial, municipal, de córte y militar.

a) Los *dictámenes* (1) de hombres buenos *(Weisthümer)*, ó testimonios (2), ya de los jurados ó regidores *(Schöffen)* sólos, ya tambien del juez, y aun del asesor letrado de una comarca, sobre el derecho vigente en un tribunal de ésta, así como los fallos, en especial, de los tribunales superiores, constituyen una fuente viva de derecho, que contiene mucho derecho comun (3).

b) Los derechos territoriales *(Landrechte)* se distinguen en el desarrollo de las condiciones territoriales por sus diversos fines y formas. Así acontecia, ante todo, en el derecho frison (4), derecho nacional en cierto modo, mediante el cual

(1) V. tomo I, pág. 16 nota (1).—(*N. T.*)

(2) *Sentencias recopiladas* por J. Grimm, *(Weisthümer gesammelt*, etc.), 1840-42. Han aparecido hasta hoy 3 vol.

(3) Despues de haberse separado Alemania de Francia, se mantuvo allí el derecho anterior, como derecho consuetudinario, el cual era declarado é interpretado, ya mediante una especie de juicios ó reglamentos emanados de los tribunales, y que eran conocidos con los nombres de *Ordeel*, ya mediante actos de notoriedad, llamados *Weisthümer*, y que eran unas declaraciones prestadas bajo juramento por los jueces ó asesores relativas al derecho que recibia aplicacion por el tribunal: de ellas se ha hecho ya mérito en otros lugares.—(A.)

(4) Sobre sus tres clases, V. Walter, §. 304.—La mejor edicion es: *Fuentes del derecho frison (Friesische Rechtsquellen)*, con un diccionario, por C. de Richthofen, 1840, en 4.°

intentó salvar el pueblo sus antiguas instituciones contra la invasion del feudalismo, y que por esto alcanza grande importancia para el conocimiento del desarrollo jurídico puramente germánico. De otro lado, el derecho territorial se formó, en parte, de leyes dadas por los señores territoriales con asentimiento de sus respectivas Dietas; en parte, de libros jurídicos relacionados y compuestos sobre las costumbres del país. De esta clase son: el derecho territorial austriaco, que parece redactado hácia 1300, y que trata sumariamente de la organizacion judicial, procedimiento, derecho feudal, penal y de sucesiones (1); el de los cantones rhinianos y el de Berg, ambos del siglo XIV, y el antiguo de Baviera, de 1346 (2).

c) Derecho *municipal* (3).—Así como las ciudades fueron en general el elemento de vida más enérgico en la Edad Media, así la concepcion jurídico-germánica del derecho se ha desarrollado libre y vigorosa en sus importantes derechos, conforme á sus circunstancias y necesidades. Sus primeros y pequeños comienzos fueron privilegios imperiales y seño-

---

(1) Se halla impreso en LUDEWIG, *Reliquiae*, etc., t. IV, 1-23 (contiene 57 párrafos), y en las *Visiones* de SENCKENBERG, p. 213-268. Comp. ZÖPFL, II, 1, p. 152.

(2) Publicado la última vez en 1834, en la *Coleccion (Sammlung)* de FREYBERG, IV, 387-498.

(3) Los más importantes derechos municipales son: el de Colonia, nacido antes de 1120 y que sirvió de modelo al de otras muchas ciudades; el de Lübeck, anterior al año 1170 y que en diversas redacciones se trasmitió á otras varias ciudades, incluso á Reval, como colonia de Lübeck; el de Magdeburgo (1188), que se extendió por Silesia, Bohemia y Moravia; los estatutos de Goslar, en cinco libros, anteriores á 1360 (editados y refundidos por GÖSCHEN, 1846) y que son muy extensos, como lo es igualmente el derecho municipal de Augsburgo, de 1276; el de Praga (ed. de RÖSSLER, t. I, 1845; t. II, 1853: este último comprende el derecho municipal de Brünn); el de Bamberg, del siglo XIV (ed. por ZÖPFL). Las últimas colecciones de derechos municipales son la de GAUPP (1851-52, 2 vol.) y la de GENGLER (1852).

riales otorgando ó conservando á las ciudades franquicias; sobre esta base, desarrollóse luego con libre autonomía un derecho para todas las relaciones comunales. Desde el siglo XII, elecciones de ciudadanía, dictámenes de prohombres y jurados, como tambien nuevos privilegios anejos á ellos, todo presentado muchas veces al soberano para su confirmacion, pero luego muy frecuentemente, aprovechando el derecho romano, se refundieron preparando la llamada «reforma.»

4. Derechos *palatino y militar*.—Son éstos importantes para el juicio de las condiciones de la agricultura y se hallan escritos casi todos en forma de dictámenes de prohombres.

II. *Derecho feudal longobardo; libri feudorum.*—El derecho feudal, formado en general, parte de tradiciones, parte de leyes de los emperadores (dadas especialmente en Lombardía en sus Dietas reunidas en los campos de Roncali), así como de sentencias de los tribunales feudales, y sobre todo del tribunal imperial, logró su primera redaccion científica en Lombardía; y este derecho feudal lombardo, junto con el romano admitido, recibió en Alemania igual validez.

Los *libri feudorum* longobardos son tambien trabajos privados que, gradualmente aumentados y modificados y reunidos en un todo, recibieron vigor legal. Hállanse formados de tres elementos, que se incluyen en los dos libros actuales. En efecto, primero, ya antes de 1137, se redactó un tratado que presentaba el derecho feudal en sus desviaciones del romano y constituye la base del primer libro de la division posterior. Alúdese en él á la opinion del cónsul de Milan Gerardo *Niger*, contemporáneo de Federico I; pero no está probado que tomase parte en la composicion del libro. Aparecieron luego otros dos tratados (quizá hácia 1158) del cónsul milanés Oberto *ab Orto* (bajo Federico I) sobre la naturaleza, adquisicion y pérdida del feudo, que, enlazados formando un todo

y aumentados con adiciones, constituyen hoy *feud.* II, t. 1-27. Por último, se añadió una compilacion de costumbres feudales, fallos de prohombres y leyes imperiales de Lotario II y Federico I, hácia mediados del siglo XII. Todo ello junto era ya conocido en Bolonia, antes de 1166, bajo el nombre de *consuetudines* ó *liber feudorum* y fué glosado por Bulgaro († 1166) y Pillio († hácia 1207). Esta coleccion fué todavia adicionada con las constituciones imperiales, especialmente por Hugolino Presbítero († 1233), que las puso despues de las nueve colaciones de las Novelas, por lo que fué llamada *decima collatio.* Jacobo de Ardizone le reunió otros documentos más, hácia 1230, como *capitula extraordinaria* (1). Excluyendo esta última parte, compuso Jacobo Colombo, hácia 1240, una extensa glosa sobre el resto, que Accursio incluyó, casi sin variarla, en la *glossa ordinaria.* Y todo ello, así glosado, fué igualmente adoptado en Alemania, como apéndice al derecho romano.

III. *Derecho canónico.*—El derecho canónico, ó sea el formado por la Iglesia católica romana y sancionado por su autoridad, llega en este tiempo á su más importante consignacion en el *Corpus juris canonici*, que se refiere principal, pero no exclusivamente, á las relaciones eclesiásticas. Con efecto, la Iglesia, á consecuencia de todo el desarrollo histórico, no sólo habia conservado jurisdiccion en las cosas eclesiásticas, ó en que se veia un aspecto religioso, como en las cuestiones sobre validez del matrimonio y sobre testamentos, sino que habia llevado al clero á gozar de un fuero privilegiado ante aquella en muchos negocios puramente civiles (v. gr., en las reclamaciones de débitos, mas no en las que

(1) Estos *capitula extraordinaria*, los incluyó CUJAS en su edicion de los *libri feudorum*, de los cuales hizo una division original en cinco libros: division que luego ha sido abandonada, por lo cual, en las ediciones modernas, sigue el libro IV al II.

versaban sobre tierras ó sobre feudos), extendiéndose la potestad penal eclesiástica, todavia posteriormente, á aquellos delitos calificados de eclesiásticos ó de «vicios pecaminosos»; y más aún: á causa de la vaguedad que dominaba en punto á las relaciones entre la Iglesia y el Estado, y conforme al punto de vista que tomó la primera, llegó á establecerse un principio en el derecho canónico, por Inocencio III (1200), segun el cual (1), toda demanda civil habria podido traerse ante el tribunal eclesiástico, en el sentido del pecado que se cometia en la usurpacion de los bienes ajenos: con lo cual hubiera quedado absorbida la vida civil en la eclesiástica (2). Así es que jamás, ni en sus tiempos más favorables, pudo llegar el derecho canónico á poseer plena eficacia.—A consecuencia de la Reforma, perdió su valor para la comunion evangélica, en todo cuanto se referia á la constitucion de la Iglesia; pero siguió sirviendo de fuente de derecho comun para ciertas relaciones jurídico-civiles (especialmente, en punto al procedimiento), reguladas por él muchas veces con un criterio opuesto al romano.

En las fuentes del derecho canónico, en general, pueden distinguirse tres épocas: la primera, desde el comienzo de la cristiandad, hasta la coleccion del monje Graciano (1151); la segunda, hasta la conclusion del *Corpus juris canonici;* la tercera, hasta nuestros dias.

En la primera, además del dogma, la Sagrada Escritura y el *symbolum Nicaeum* (325), tienen especial importancia para la Iglesia los decretos de los Concilios, las Decretales *(epistolae, decreta, rescripta)* de los papas y las compilaciones de estos elementos, en particular: *a)* la del abad romano

(1) *C. Novit.* 13, X, *de judic.* 2, 1.

(2) WALTER, §. 601.—Pero el derecho territorial, v. gr., el *Espejo de Sajonia*, III, 87, §. 1, no admite esto, antes al contrario, lo prohibe bajo pena.

Dionisio el Exiguo († 538); *b)* la llamada *Collectio Isidoriana* ó compilacion española, en que tomó parte San Isidoro de Sevilla († 636); *c)* la coleccion pseudo-Isidoriana (1), nacida muy probablemente en el arzobispado de Maguncia, hácia el año 840.

En la segunda época, tiene lugar el comienzo y la conclusion del *Corpus j. c.* Este cuerpo, formado de una série de colecciones canónicas, que recibieron exclusivamente fuerza legal como fuente práctica del derecho comun de la Iglesia, consta de los cuatro elementos siguientes:

1. *Decretum Gratiani.*—Fué hecho (en 1151) por un monje de Bolonia y llamado por el mismo autor *Discordantium canonum concordia:* trabajo privado, mezcla de fragmentos y extractos de la Sagrada Escritura, de los PP. de la Iglesia, cánones, decretales (en las cuales entraban tambien las pseudo-Isidorianas), derecho romano y capitulares, añadiendo observaciones del colector *(dicta et partes Gratiani)*. Esta compilacion (exceptuando los *dicta)* fué comentada por los jurisconsultos boloñeses, al par del *Corpus juris* de Justiniano y recibió así la misma autoridad. Divídese el Decreto en tres partes, subdividiéndose la primera y la tercera de igual modo en *distinctiones* y éstas á su vez en *canones;* la segunda, por el contrario, se divide en 36 *causae,* casos jurídicos, sobre los cuales se presentan diversas *quaestiones*, á que responden los cánones. Entre estas cuestiones, la tercera del caso 33 *(de poenitentia)* se subdivide en 7 distinciones (2).

2. *Coleccion de Decretales de Gregorio IX.*—Redactóla, por mandato de éste, Raimundo de Peñafort: se publicó for-

(1) Los diversos juicios sobre las *Decretales pseudo-Isidorianas,* ó *falsas Decretales,* pueden verse extensamente en GENGLER, p. 411-424.

(2) Se cita, v. gr., así: *can.* 2, *caus.* 9, *quaest.* 1; la primera y la tercera parte, añadiendo sólo *de consecratione.*

malmente en 1234 y se envió á las Universidades de Bolonia y París. Se la designa con el nombre de *Coleccion de extravagantes* X *(extra)*, porque en aquel tiempo todas las fuentes del derecho canónico que no se hallaban en Graciano, se apellidaban *extra Decretum Gr. vagantes*. La coleccion se divide en 5 libros *(judex, judicium, clerus, connubia, crimen)*, y éstos, en títulos, dentro de los cuales se distinguen luego lós *capita* ó *capitula* incluidos (1).

3. *Liber sextus Decretalium.*—Es un mero suplemento de los 5 de la coleccion Gregoriana, publicado por Bonifacio VIII (1298), é igualmente dividido en 5 libros y en títulos (2).

4. *Clementinarum (sc. constitutionum) libri V.*—Fueron publicadas por Clemente V (1313), y contienen principalmente los decretos del Concilio de Viena de 1311 y las propias Decretales de aquel Pontífice: consta de 5 libros y 52 títulos (3).

Estas cuatro obras, bien pronto glosadas como la coleccion justinianea, con una *glossa ordinaria*, especialmente por Bernardo de Parma († 1268) y Juan Andrea (1348), forman el *Corpus juris canonici clausum* (4). Los apéndices posteriores *(Extravagantes Joh. XXII* y *Extrav. communes)* no tienen valor legal alguno (5).

---

(1) Se cita, v. gr., así: *cap.* I, X *de fide instrum.*, 2, 14.

(2) Se cita, v. gr., así: cap. I *de Electione in* VI, 1, 6.

(3) Se cita, v. gr.: *Clem.* 1, *de electione*, 1, 3.

(4) La última edicion buena del *Corpus juris canonici* es la de *Aem. Lud.* Richter, Leipzig, 1833, 2 vol. en 4.º

(5) Sobre las fuentes del derecho canónico, véanse los tres cuadros sinópticos de las colecciones canónicas, publicados por el Sr. Lopez Romero, profesor de esta asignatura en la Universidad de Santiago, en las que se enumeran todas, distinguiendo la Iglesia Oriental de la Occidental y las colecciones de las Iglesias particulares, sobre la base de la division de la historia eclesiástica en cinco períodos que denomina el autor primordial, antiguo, medio, nuevo y novísimo.—(A.)

IV. *Adopcion del derecho romano.*—En esta época, se verifica la adopcion del derecho romano, no por medio de la legislacion, sino por el camino del derecho consuetudinario, aunque no sin resistencia, muchas veces (1). A más de las razones internas ya expuestas (2), contribuyen á ello muchos motivos exteriores: ante todo, la idea de Carlomagno de restaurar el Imperio romano, conforme á la cual, aparecia la legislacion justinianea como la de uno de los predecesores de aquel, en cuyo mismo concepto soberanos, como Federico I, se apoyaron en las constituciones de los emperadores romanos; luego, la aplicacion del derecho romano por el clero; por último, el influjo de la escuela de los jurisconsultos de Bolonia, desde mediados del siglo XIII y la posicion de los romanistas como consejeros áulicos, y despues como miembros de los tribunales. Estas circunstancias habian ya favorecido la adopcion, cuando se dió el último paso decisivo con la institucion del tribunal de la Cámara imperial (1495), de cuyos 16 jueces, la mitad habian de ser «doctores peritos en el derecho (extranjero), y la otra mitad, caballeros (representantes, sin duda, del derecho germánico); debiendo jurar ante el Sacramento «juzgar segun el derecho del Imperio—el comun, como tambien segun las leales y honradas ordenanzas, estatutos y costumbres de los príncipes, señores y justicias—que ellos adopten.» En esto, se

(1) Sobre esta resistencia, V. KRAUT, *Bosquejo de unas lecciones sobre el der. priv. aleman (Grundriss zu Vorles. über d. d. P. R.)*, §. 27; ZÖPFL, II, p. 178; HILLEBRAND, *Der. priv. alem. (D. Privatrecht)*, p. 26.—LUTERO y Ulrico de HÜTTEN se declararon contra los jurisconsultos romanistas; el emperador Maximiliano I tampoco era amigo de éstos, "que suelen alegar como oráculo infalible los escritos y opiniones de los Bartolos y los Baldos."—Sobre las reclamaciones de los Estados provinciales, V. KRAUT, *o. c.* Los caballeros bávaros se declararon en contra del modo más enérgico, en 1499: V. HILLEBRAND, *o. c.*

(2) V. pág. 190.

vió bien pronto una inclinacion hácia el uso del derecho extranjero. Pronto alcanzó el romano el predominio en el tribunal de la Cámara imperial, extendiendo desde él necesariamente su influjo sobre los tribunales territoriales (1).

§. 3.—Época tercera.

Desde 1495, *hasta los tiempos novísimos.*

En esta época, las direcciones particulares dimanan cada vez más escasamente de las fuentes generales jurídicas. El poder imperial se debilitó y la Nacion se vió impedida en la evolucion de su derecho por la adopcion del romano y del procedimiento escrito y secreto del canónico. Cierto que este último perdió formalmente su autoridad entre los protestantes, pero conservándola en aquellas materias que ninguna relacion guardaban con la jerarquía y el dogma, especialmente en el procedimiento civil. El derecho romano ocupó bien pronto la posicion del vencedor. Los jurisconsultos ilustrados lo consideraron como el único derecho escrito verdaderamente imperial: con lo cual, toda apelacion de las partes á costumbres germánicas opuestas á ese derecho necesitó siempre una prueba rigorosa. Por otro lado, las instituciones germánicas fueron juzgadas de un modo fundamentalmente distinto, segun las normas romanas: de donde nació una dualidad original, pero tan enlazada con la práctica jurídica, que aun hoy, sin hacer violencia á la vida, no pueden separarse.—En esta época deben considerarse más detenidamente la legislacion, el derecho consuetudinario, la ciencia jurídica y la codificacion moderna.

(1) Hoy todavía los jurisconsultos alemanes se dividen en dos escuelas: romanistas y germanistas. Para los primeros, el derecho romano es aún lo que fué en los siglos XVI y XVII, el derecho comun de Alemania; para los segundos, conserva su autoridad doctrinal, pero no es tal derecho comun.—(A.)

I.—*Legislacion.*—A. *Del Imperio.*—Deben notarse, como leyes importantes (1) del Imperio: *a)* la ordenanza judicial para los tribunales del Imperio romano, cuya 11.ª revision, que se tiene como la más importante, es de 1555, y la redaccion posterior de 1613, y segun la cual estaba prescrito á los tribunales de cada territorio particular que decidiesen hasta donde fuere posible; *b)* la ordenanza del notariado, de 1613; *c)* la ordenanza penal ó código criminal *(Halsgerichts-ordnung)*, ó sea la *constitutio criminalis Carolina* (2) de Cárlos V (1532), la cual, habiendo protestado contra ella los Estados generales del Imperio, no entró desde luego en la práctica, sino gradualmente y por influjo de la ciencia; *d)* las ordenanzas de policía de 1530, 1548 y 1577; *e)* la paz de Westfalia, (I. P. O.—*Instrumentum Pacis Osnabrugensis)*, tan importante bajo el punto de vista internacional tambien, y por la cual quedó garantizado el libre ejercicio de la religion que profesaban los diversos países del Imperio germánico en el año 1624, y la propiedad de aquellos bienes eclesiásticos, que habian poseido en 1.º de Enero de 1624; *f)* el último decreto del Imperio *Jüngste Reichs-Abschied, récés de l'empire*, J. R. A. ó bien R. *(ecessus)* J. N.), de sumo interés para el derecho

(1) Hay las siguientes colecciones de leyes del Imperio: hasta 1736, la llamada de SENKENBERG (1747); hasta 1794, la sistemática de GERSTLACHER (1788-1794), en 11 vol., cuya parte 10.ª abraza el derecho privado. Una útil seleccion es la de EMMINGHAUS, *Corpus juris germ. tam publici quam privati*, 2 vol., 1844.

(2) Continuando la obra de unificacion del derecho penal, iniciada por el emperador Maximiliano con la creacion de una Cámara imperial, que estaba á la cabeza de todos los tribunales de la Nacion, Cárlos V publicó esta célebre Constitucion, conocida con el nombre de *Carolina*, en la que, al lado de la acusacion privada, muy arraigada en las costumbres para que pudiera suprimirse, se consagraron el procedimiento por pesquisa y secreto y el tormento. Fué más tarde completada por varias ordenanzas: una de ellas, la de 18 de Julio de 1542 sobre bandoleros, y otra la de 4 de Octubre de 1540 sobre herejes.—(A.)

procesal germánico. Desde 1663 hasta el 6 de Agosto de 1806, mientras la Dieta «permanente» de Ratisbona, hubo resoluciones imperiales especiales, capitulaciones electorales, decretos *(récés)* de visita y diputacion. La sentencia definitiva de la diputacion del Imperio de 25 de Febrero de 1803 decidió la secularizacion y la mediatizacion. Desde que se fundó la Confederacion germánica y á partir de 1816, comenzó una edicion oficial, pero incompleta, de los protocolos federáles; pero las resoluciones de la Confederacion no tienen fuerza formal hasta el momento de su publicacion en los diferentes países.

B. *Legislacion territorial.*—Esta legislacion—prescindiendo de las trascripciones aisladas del derecho consuetudinario, emprendidas bajo la autoridad pública y que se presentan todavia—aparece como un órgano capital, que concierta, por medio de la decision de colisiones, el derecho romano y el germánico, pero con una tendencia generalmente romanista. Las leyes territoriales conciernen, ya á la organizacion y la policía, ya al procedimiento; en el derecho privado, especialmente, al matrimonio y la tutela, y frecuentemente tambien al derecho feudal (1).

Los diversos derechos municipales fueron reformados, como ya se ha dicho, por los romanistas, con lo cual se conservó ménos del anterior derecho estatutario: debe hacerse la ventajosa excepcion del derecho de Lübeck de 1586 (2).

II.—*Derecho consuetudinario.*—Su eficacia fué solo limitada, en el procedimiento judicial, por la práctica del tribunal de la Cámara imperial; en el derecho y procedimiento penales, por la de los colegios germánicos de sentencias *(Spruchcollegien)*, esto es, las Facultades de Jurisprudencia y

(1) GERBER, §. 22, dá un extenso resúmen de estas leyes provinciales, en vista del *Bosquejo* de KRAUT *(Grundriss* etc.)

(2) V. estas reformas en GERBER, §. 24.

algunos tribunales de las ciudades, cuyos colegios ganaron en importancia, porque la constitucion de 1532 habia promovido el envio de los autos en las causas criminales. Benito Carpzow († 1666) puso en vigor especialmente esa constitucion de Cárlos V en los tribunales, habiendo suscrito sobre veinte mil sentencias de muerte, multitud de ellas por hechiceria. En el derecho privado material, las costumbres germánicas modificaron muchos puntos importantes del derecho romano, modificacion que comunmente se designó como *usus modernus Pandectarum* y tambien *praxis juri romani in foro germanico;* pero todavia se mostraron más enérgicas en la formacion de instituciones puramente germánicas, como v. gr., la comunidad conyugal de bienes, los pactos sucesorios, el derecho del colonato y de aparceria *(métairie)* en las fincas rústicas y el derecho mercantil y de tráfico.

III.—*La ciencia del Derecho.*—La ciencia del derecho germánico atraviesa en general los mismos estadios de desarrollo que el romano. Comienza su período inicial con Conring († 1681), que fué quien primero llamó la atencion expresivamente *(de origine juris Germanici,* 1645) sobre la sustantividad y propio carácter nacional del derecho germánico. El estudio fundamental del romano en sus fuentes, iniciado en Francia por Cujas y propagado á Alemania, enseñó tambien á comprender mejor la peculiaridad del derecho germánico. Los escritores de derecho natural, de manera ninguna idólatras exclusivos del derecho romano, favorecieron en muchos respectos la ciencia jurídica alemana. Tomasio, que en muchas teorías negó la validez del derecho romano, impulsó tambien el estudio fundamental del germánico (1).

(1) Sobre el cultivo del der. germánico, se distinguió en general la escuela de Halle, como tambien, además de TOMASIO, Samuel STRYK († 1710—*Usus modernus Pandectarum),* LUDEWIG († 1743), GUNDLING († 1729), HEINECCIO († 1741, por su *Historia juris);* y luego,

La filosofía jurídica wolfiana fué en general muy afin á éste. Desde el comienzo del siglo XVIII, se emancipó tambien del derecho romano el modo de tratar el derecho privado aleman en las Universidades, siguiendo á Jorge Beyer († 1707). Con esto se enlazó el progreso hácia una mayor independencia. Forma la transicion á los tiempos modernos, J. F. Runde, por su modo de tratar el derecho privado aleman, llamando la atencion acerca de la llamada «naturaleza de la cosa» (primeramente, en 1791). El derecho político aleman y sus complicadas relaciones públicas fueron objeto de un estudio aplicado y fecundo (1).

El derecho canónico experimentó más que el político en esta época el influjo de las tendencias filosóficas del tiempo. La Reforma habia dado el supremo gobierno eclesiástico á los señores territoriales, con lo cual aparecieron tres sistemas distintos sobre el carácter de la relacion entre la Iglesia y el Estado: el antiguo, episcopal ó de devolucion; el territorial, especialmente defendido por Tomasio; y por último, el colegial. A poco, se comenzó á admitir un derecho canónico *natural*, como fundamento del positivo. Aun en los países católicos, el poder del Estado se estableció de un modo más independiente y produjo en parte grandes modificaciones. En las doctrinas de los canonistas católicos, favoreció esta posicion un nuevo sistema: el del obispo auxi-

---

especialmente, PÜTTER, SELCHOW, RUDLOFF y TAFINGER.—Los principales escritores de der. feudal son SCHILTER († 1705), STRUVE, STRYK, Enrique de COCCEJI, HEINECCIO, MASKOW, WESTPHAL († 1792) y particularmente G. L. BÖHMER, 1797 (cuyos *Principia juris feudalis praesertim Longobardici*, 1765, 7.ª ed., 1819) alcanzaron gran propagacion) y PATZ, 1807.

(1) Como escritores de der. político aleman, deben citarse: LUDEWIG († 1743), GUNDLING († 1729), J. H. BÖHMER († 1749), SCHMAUSS († 1757), MASKOW († 1760), SENKENBERG († 1768), F. C. de MOSER († 1798), PÜTTER († 1807), HAEBERLIN (1808), SCHLÖSSER († 1809).

liar de Honthein, conocido por Justo Febronio († 1775), contraponiéndose más enérgicamente los dos sistemas, episcopal y papal, concernientes á la relacion del pontífice con la Iglesia.

El derecho criminal no alcanzó reforma alguna por principios: y la excitacion para adoptar un sistema penal más adecuado á las exigencias humanitarias partió del extranjero (Beccaria).

La nueva época que inició Kant en la direccion filosófica y que tanto ha influido en el derecho penal, político é internacional, la inauguró algo despues en la esfera histórica C. F. Eichhorn, aplicándola al derecho germánico tan grandiosamente como Savigny al romano, así con su *Historia del derecho y el Imperio germánicos,* donde su espíritu ordenador ilumina tan inmenso material, cuanto por su sagaz tratado dogmático de *Derecho privado aleman* (1). Con este poderoso impulso se ha venido desarrollando cada vez con más rigor la ciencia jurídica alemana en todos sentidos. La historia del Derecho se ha expuesto con mayor estudio de las fuentes, rectificando así algunos errores importantes del mismo Eichhorn. Los derechos nacionales, como fuente de la segunda época, fueron objeto de nuevas y fundamentales investigaciones (2). El derecho privado alcanzó un complemento material con la depuracion de las fuentes y un método formal más rigoroso y análogo al del derecho romano (3).

(1) *Dogmatische Bearbeitung des deutschen Privatrechts,* 5.ª edicion, 1845.

(2) Los más importantes historiadores se han citado ya varias veces en esta obra.

(3) Como tratadistas de derecho privado, deben mencionarse, despues de Eichhorn: Mittermaier, Phillips, Maurenbrecher, Wolff, Beseler, Renaud, Gerber, Hillebrand, Bluntschli, Walter; y los resúmenes de Weisse, Dieck y especialmente de Ortloff y Kraut.—El derecho mercantil ha sido tratado de una

Aun el último y discreto ensayo (de Gerber) para tratar el derecho germánico segun este método romanista, debe considerarse como un estímulo, como una exigencia para desenvolver con mayor precision sus conceptos é instituciones y poner más de relieve el carácter peculiar del primero.

El derecho político aleman, unido al federal, experimentó el influjo de la filosofía política (1); y la ciencia del penal alcanzó una grande y saludable reforma por su fundamentacion filosófico-jurídica y filosófico-psicológi-

---

manera notable por PÖHL (1828-34; 4 vol.) y THÖL (1847; 2.ª ed., 1852), y más recientemente por BRINKMANN (1855).—Son importantes tambien los tratados de derechos particulares, entre ellos, particularmente el de WAECHTER, *Manual del derecho privado vigente en el reino de Würtemberg (Handbuch des im K. Würtemberg geltenden Privatrechts)*, del cual habian aparecido dos tomos (1839-51) y en el que por vez primera se ha intentado enlazar íntimamente en un todo el derecho aleman con el romano.—Sobre algunas teorías importantes, han escrito: ALBRECHT, *Sobre la posesion germánica (Ueber die Gewere*, 1828), DEITERS, *Sobre la comunidad de bienes en el matrimonio (Ueber die eheliche Gutergemeinschaft*, 1831), KRAUT, *Sobre la tutela (Ueber die Vormundschaft*, 1835-47), DUNKER, *Sobre cargas reales (Ueber Reallasten*, 1837) y *Sobre copropiedad (Ueber Gesammteigenthum*, 1843) y BESELER, *Sobre pactos sucesorios (Ueber Erbverträge*, 1835, 3 vol.) *(a)*.

(1) El derecho político y federal de Alemania ha sido tratado (además de algunas obras sobre la confederacion del Rhin, de KLÜBER, ZACHARIAE, GÖNNER, etc.), con tendencias más liberales, por KLÜBER (1817; 4.ª ed., 1840); de una manera que penetra más en la naturaleza de las relaciones y en la vida histórica, por H. ZACHARIAE (1841; 2.ª ed., 1853) y, abandonando en parte su anterior punto de vista, por ZÖPFL (3.ª ed., 1853).—El der. político particular ha sido expuesto por LANZIZOL y MIRUS, por lo que toca á Prusia, y muy notablemente por R. de MOHL en lo concerniente á Würtemberg y con igual mérito por PÖZL respecto de Baviera.

(*a*) Posteriormente á la época en que el autor escribia esta nota, pueden citarse: en cuanto al derecho privado, Behrend, Endemann, Lehr, Bar, etc.

Como tratadistas de derechos particulares, son quizá los más reputados Piper, Dedekind, Crome, Martin, Post, el baron de Beaulieu-Marconnay, Caesar, Burkhardt, Buff, Schleyer, Berold, Kraewel, Heydemann, Schütze, Bartels, Herz, Oven, etc.

ca (1), que pronto produjo las nuevas legislaciones y la mejora de las prisiones. El procedimiento criminal se corrigió considerablemente en los últimos tiempos en casi todos los Estados, por la introduccion de la acusacion y del principio de publicidad y juicio oral, aunque la institucion del jurado no prevaleció en todas partes ó fué suprimida. El derecho eclesiástico, con la reanimacion del sentido religioso, logró ser tratado con mayor profundidad histórica, de un modo que hizo resaltar la importancia del organismo de la Iglesia (2). En el catolicismo, como en el protestantismo, se manifestó doquiera la tendencia de dar á la vida eclesiástica más sólidas formas y desenvolverla con mayor independencia frente á frente del Estado: lo que atribuye no menor entidad al celoso cultivo del espíritu cristiano, que trasciende de todas las formas, y á la conservacion de los derechos del Estado, que á todos igualmente comprende como miembros de una comunidad jurídica. Los concordatos (Baviera, 1817 (3), Austria, 1855) ó los conciertos con la córte romana (Prusia, 1821, Hannover, 1829, las provincias del Alto Rhin, 1821 y

(1) Sobre el derecho penal, los sistemas y los escritores, V. la seccion correspondiente en la parte consagrada al derecho público. Las legislaciones modernas en materia de penalidad y de procedimiento criminal, las indica WARNKÖNIG, en su *Enciclopedia*, p. 385.

(2) Bajo el punto de vista protestante, deben citarse: C. F. EICHHORN, *Principios del derecho eclesiástico, católico y protestante (Grundsätze des katholischen und protestantischen Kirchenrechts*, 2 vol., 1833) y RICHTER, *Tratado de id. id. (Lehrbuch*, etc.; 4.ª edicion, 1853).—En sentido católico: WALTER (*a*), *Tratado del derecho eclesiástico de todas las comuniones cristianas (Lehrbuch des Kirchenrechts aller christlichen Confessionen*; 10.ª ed., 1846) y PHILLIPS (*b*), *Derecho ecles. (Kirchenrecht*; 3.ª ed., 1855).

(3) España, 1851; Convenio adicional de 1859, promulgado como ley en 4 de Abril de 1860.—(*N. T.*)

(*a*) Trad. al español en 1845, con adiciones relativas á la Disciplina eclesiástica de España, por autor anónimo, de la version francesa que hizo A. de Rouquemont. Se ha publicado además otra version española por D. J. Perez Angulo, 1872.—(*N. T.*)

(*b*) Trad. al francés por el'abate Croucet, 1851.—(*N. T.*)

1827) procuraron regular más exactamente las relaciones de la Iglesia católica con el Estado.

IV.—*La codificacion y los Códigos modernos.*—Desde mediados del siglo anterior, aparece casi simultáneamente en muchos países la tendencia á la formacion de nuevos códigos: tendencia producida, en parte, por la creciente difusion del estudio del Derecho natural, que habia hecho entrever la posibilidad de ordenar, y aun establecer, segun principios generales las diversas materias jurídicas; en parte, por el nuevo espíritu organizador y el modo de gobernar de arriba abajo, que se hizo preponderante; así como por la tendencia particularista, ya anteriormente anunciada en los derechos territoriales y que se apoderó sobre todo de los grandes Estados; y por último y más principalmente, por la confusion que reinaba en el derecho y engendraba una perjudicial incertidumbre, á la que intentaron poner fin soberanos eminentes, como Federico el Grande y María Teresa, tan conocedores de las necesidades de su tiempo.

Fué el primero de estos códigos el *codex criminalis* de Baviera (1751), del Elector Maximiliano José III, en cuyo reinado se dieron tambien el *codex judiciarius* (1753) y luego el *codex civilis Maximilianeus*, dispuestos todos por el canciller De Kreittmayer, que los comentó tambien y preparó un extracto de ellos.—El derecho comun siguió siendo, no obstante, reconocido como subsidiario; pero las siguientes legislaciones estaban destinadas á privarle de todo valor, aun en este último respecto.

En Prusia, á poco de subir al trono Federico el Grande, dió al gran canciller Samuel de Cocceji el encargo de «redactar un derecho territorial general de Alemania, que sólo se fundase en la razon y en las constituciones territoriales.» Imprimiéronse (1748-51) el proyecto de esta obra y el bosquejo de una nueva organizacion procesal; pero no respon-

dieron á las esperanzas concebidas. Posteriormente, se confió al gran canciller De Karmer una obra análoga; y en 1781, se dió á luz una nueva ordenanza judicial, aumentada y corregida despues en la edicion de 1793, como *Ordenanza general judicial para los Estados prusianos.* Un nuevo proyecto de código general, redactado especialmente por Suarez, apareció de 1784-89, se publicó en 1791 y debia ponerse en vigor para 1.º de Junio de 1792; pero fué revisado de nuevo en 1794, en que vió la luz el *Derecho territorial general de los Estados prusianos* (1), poniéndose en vigor el 1.º de Junio de 1794. Este código, que comprende el derecho privado y el público (incluyendo el derecho penal, el mercantil y el relativo á las minas), anuló el antiguo derecho comun, pero dejando subsistentes los provinciales, que deberian coleccionarse; si bien este precepto no se cumplió más que para la Prusia oriental (2).

La emperatriz María Teresa nombró en Austria (1758) una comision de legislacion. Un proyecto redactado por Azzoni (1767) y que tenia 8 volúmenes, no obtuvo sancion alguna. Despues de varios trabajos intermedios, en que tomaron parte especialmente Horten y De Keess, apareció (1794-1796) en el reinado de Leopoldo II otro proyecto completo, redactado por el Presidente de Justicia De Martini, afamado ya como profesor de Derecho natural: este proyecto constaba de tres partes y en 1797 fué introducido como ley en Galitzia. Pero, bajo Francisco I se revisó de nuevo, en particular por De Zeiller, relator de la comision áulica, publicándose en 1.º de Junio de 1811 como *Código civil general para los territorios alemanes de la Monarquía* (3), poniéndose en vigor en 1.º de

(1) *Allgem. Landrecht für die preussischen Staaten*, 1794.

(2) Sobre la historia de la codificacion provincial, V. la exposicion más detenida de BLUME, p. 132.

(3) *Allg. bürgerliches Gesetzbuch für die deutschen Erblande der Mon.*, 1811.

Enero de 1812. Posteriormente, en igual fecha de 1816, se aplicó tambien al reino Lombardo-Véneto y á Dalmacia; y en 1.º de Mayo de 1853, á Hungría, Croacia, Eslavonia, Serbia y el Banato de Temeswar, de suerte que hoy constituye el código civil general de todo el Imperio (1). El derecho comun quedó así derogado. Una nueva ordenanza criminal habia ya aparecido en 1769, la *constitutio criminalis Thereseiana;* y bajo José II, en 1787, una organizacion judicial. La ley penal Josefina de 1787 y la ordenanza para el procedimiento criminal de 1789 fueron reemplazadas en 1803 por un nuevo *Códigô de delitos y faltas graves de policía* (2), completado en 1835 por un decreto sobre faltas en materias de impuestos. Otra ley penal posterior sobre delitos, faltas y contravenciones de policía se publicó en 27 de Mayo de 1852, entrando á regir en 1.º de Setiembre del propio año. El último reglamento sobre procedimiento criminal es del 29 de Julio de 1853.

A estos tres códigos alemanes, debe añadirse el *Code civil* francés (3) de 1804 (algo modificado en 1807, bajo el nombre de *Code Napoléon)*, ya por hallarse en vigor en toda la parte alemana de allende el Rhin, en la mayor parte de las provincias prusianas de la orilla derecha de este rio y en Baden, como derecho territorial badenés, ya tambien porque

(1) Sobre la historia de la redaccion de este Código, V. STUBENRAUCH, *Comentario sobre el Cód. civ. gener. (Commentar über das allg. burg. G. B.*, t. I, 1854).

(2) *Gesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizeivergehen*, 1803.

(3) Al *Code civil*, siguió el *Code de procédure civile*, 1806; el *Code de commerce*, 1807; el *Code d'instruction criminelle*, 1808, y el *Code pénal*, 1810. De estos, el penal y el de instruccion criminal sufrieron una modificacion importante por la ley de 28 de Abril de 1832.—La historia de la codificacion francesa puede verse resumida en ESCHBACH, *Encyclopédie juridique*, p. 279-294 de la 2.ª ed. de 1846 (*a*).

(*a*) V. la pág. 9 del tomo I, nota.—(*N. T.*)

en muchos puntos contiene *más* derecho germánico que todos los códigos alemanes.

En sus caractéres formal y material, son estos códigos muy distintos.

El bávaro debia ser tan sólo un compendio más científico de los diversos materiales del derecho comun; y en cuanto á la forma, si tiene cierto mérito, aun bajo el punto de vista del lenguaje, considerando la época de su aparicion, es muy inferior á los códigos posteriores: de suerte, que hace muchos años se trabaja en un nuevo código civil para Baviera.

El prusiano y el austriaco se distinguen ambos por la concision y claridad de la exposicion; pero su plan es muy diferente. Mientras el *Derecho territorial*, que comprende ya todas las esferas jurídicas, no se satisface con exponer los principios esenciales y las consecuencias importantes, sino que penetra profundamente en la casuística, cumpliendo así más bien una mision científica que la de un código, el austriaco, cediendo demasiado á la opuesta tendencia, enuncia sólo los principios generales y las más indispensables consecuencias, con lo que dá lugar á no pocas dudas é incertidumbres, aun sobre importantes conceptos (v. gr., los de la posesion, usucapion, prescripcion, propiedad) y sobre reglas generales. El código francés adopta más bien un justo medio; pero padece á menudo una indeterminacion y ambigüedad muy propia generalmente del carácter abstracto de la lengua francesa.

Contiene en muchas de sus doctrinas este último código, en punto á la relacion interna entre el derecho germánico y el romano (cosa digna de notarse), más derecho germánico que los otros, segun ya se indicó (1); lo cual se explica por

(1) Esto ha sido claramente mostrado por Zöpfl, en su artículo: *El elemento germánico en el Código de Napoleon (Das german. Ele-*

haberse tenido en cuenta, al redactarlo, las *coutumes*, especialmente las *coutumes de Paris*, sumamente germánicas. El *Landrecht* prusiano (1) funda tambien la division de su sistema sobre bases de derecho germánico; como se revela tambien el influjo de este derecho en el imperio de sus ideas, ya en el sistema general, ya en la informacion original de muchas instituciones tomadas del derecho romano, ó comunes desde un principio á éste y aquel. El código austriaco no muestra, en verdad, desviacion tan radical del derecho romano y que penetre por todo el sistema, como el código prusiano, así como es en él más visible el influjo de las teorías de derecho natural; por el contrario, los principios jurídico-germánicos aparecen más resueltamente todavia en las doctrinas particulares (2).

ment im Code Napoléon), en la *Revista de Derecho (Zeitschrift für d. R.)* de REYSCHER y WILDA, 1841, t. V, núm. 1, y en su *Historia del Derecho y el Estado alemanes (Deutsche St. u. R.-G.)*, t. II, p. 198. V. tambien GAUPP, *Porvenir del derecho aleman (die Zukunft des d. R.)*, p. 65. Al derecho germánico en el *Cód. de Nap.*, deben referirse: los principios sobre la potestad marital y paterna; el de "el muerto hereda al vivo" y la posesion hereditaria *(saisine)*; la opinion de que el heredero abintestato es el verdadero heredero *(héritier)*, porque no hay propiamente heredero testamentario en el sentido romano, sino tan sólo diversas clases de legatarios, y toda la teoría de las disposiciones por última voluntad las trata entre las donaciones; la doctrina de la comunidad conyugal de bienes, que vale como la legal, etc.

(1) Sobre esto, V. más al pormenor GAUPP, *o. c.*, p. 42-62. V. tambien LÖHER, *Sist. del der. provincial prusiano (das System des preuss. Landrechts*, 1852.)

(2) V. GAUPP, p. 62.—Al derecho aleman, se enlazan los conceptos más ámplios, pero no suficientemente claros, de la posesion y la propiedad; el de la prescripcion *(Verjährung)*, al cual se contrapone, como enteramente especial, el de la usucapion *(Ersitzung)*; la regla germánica "la mano debe tomar la mano" *(Hand muss Hand nehmen)*, en la vindicacion de las cosas muebles (§. 367), aunque algo modificada por consideracion á la *bona fides* del poseedor actual; el principio de que el *periculum* de una cosa prometida, por regla general, lo

Las consecuencias de estos códigos deben juzgarse saludables, sobre todo, bajo el punto de vista práctico, aun cuando no hayan respondido á las esperanzas que en sus tiempos se fundaban en la codificacion. Han favorecido esencialmente la certeza del Derecho y difundido el conocimiento de éste en las personas cultas, pero no legistas; y si «el pueblo francés tiene que agradecer á sus códigos el grande incremento de la interna unidad y claridad de su conciencia jurídica (1)», especialmente por la publicidad de la administracion judicial, este mismo fecundo resultado se obtendrá en toda Nacion, cuando al par la publicidad, cuya importancia no es tanta en el procedimiento civil como en el penal, facilite la mayor extension del conocimiento del derecho. En el respecto científico, surgió, por desgracia, un alejamiento harto rigoroso contra el antiguo derecho positivo, y en Alemania, contra el derecho comun. La accion científica ha sido tambien muy desigual en los diversos países: sumamente ámplia, en Francia; menor, en Prusia y Austria. Pero es mision capital de la ciencia enlazar y armonizar este derecho legislativo, conservándole su peculiar carácter, con las anteriores fuentes comunes (2), evitando, por tanto, así un ro-

soporta, hasta entregarla, el obligado (§§. 1.049 y 1.064); la imposibilidad de reclamar las deudas del juego; la consideracion de la cesion, como uno de los modos directos de enajenar; la proscripcion de la máxima romana *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* (§§. 554 y 556); y especialmente, el órden de la sucesion legítima, fundado en el antiguo sistema aleman de parentela (§. 730 etc.).

(1) Palabras de BLUME (*Enciclop.*, p. 130), que, sin embargo, parece desear un beneficio análogo para Alemania.

(2) En Prusia, ha comenzado á realizarse este fin desde las lecciones que explicó SAVIGNY en Berlin, durante el semestre de invierno de 1819-20, sobre el derecho prusiano. Las grandes obras sobre el der. privado, de BORNEMANN, *Exposicion del der. civil prusiano (Darstellung des preuss. Civilrechts*, 2.ª ed., 1838) y de KOCH, *El der. de obligaciones*, etc., *en el der. civil prusiano (Das Recht der*

manismo retrógrado, como un germanismo no ménos parcial; antes, atendiendo constantemente á las exigencias, formas y progresos de la sociedad y de la vida.

Los resultados de esta historia de las fuentes son:

1. Hay un derecho germánico político, comun para todos los Estados de la Confederacion germánica. Su más importante fuente es hoy el derecho federal: las anteriores leyes del Imperio no pueden ya reputarse obligatorias. Sólo se exceptúan dos decretos imperiales, porque tienen al par carácter de tratados internacionales: la paz de Westfalia de 1648 y el decreto de la diputacion del Imperio de 1803.

2. El derecho político de los Estados particulares de la Confederacion se funda, en parte, en el derecho federal, como tambien en las leyes del Imperio, en tanto que hayan seguido siendo derecho territorial; en parte, en sus propias leyes constitucionales ó pactos.

3. El derecho eclesiástico es diverso segun las confesiones; pero el canónico continúa siendo, aun para los protestantes, una fuente de derecho comun.

Forderungen u. s. w. preuss. Civilrechts, 2.ª ed., 1836) están escritas en este sentido. Koch dice en el prólogo: "El enlace, tan abandonado, del derecho prusiano con la literatura del derecho comun deberia restablecerse, acabando con esa separacion de una rama de su tronco, que hace imposible que dicha rama prospere: pues, á pesar de toda clase de artificios, tiene que secarse, si no se planta y cultiva en un suelo apropiado á su naturaleza."—Tambien en Francia han investigado muchos el derecho antiguo, como KLIMRATH (alsaciano), LABOULAYE, LAFERRIÉRE. En Austria, hoy se reconoce igualmente como un problema capital la reanudacion al derecho comun: véase el trabajo de José UNGER *Sobre el proceso del desarrollo de la jurisprudencia austriaca (Über den Entwickelungsgang der österr. Jurisprudenz)* en los *Anales de Jurisprud. y Legisl. alem. (Jahrbb. d. d. Rechtsw. und Gesetzgeb.)* de SCHLETTER, t. I, p. 353.—Un primer ensayo, excelente, se ha hecho ahora por J. UNGER en el *Sist. del der. general privado austriaco (Syst. d. österr. allg. Privatrechts)*, t. I, 1856; pero siguiendo demasiado, en gran parte, el sistema y las opiniones de los romanistas.

4. Existe un derecho privado comun aleman, arraigado en un sentido jurídico igualmente comun, formado por costumbres escritas y no escritas, leyes del Imperio y jurisprudencia de los tribunales, no ménos que por la ciencia, que debe desarrollarlo especialmente.

5. Los códigos territoriales tienen que conservarse en armonía con el derecho comun y han de considerarse tan sólo, aunque necesiten revision, como los primeros y necesarios pasos aislados para formar en su dia el código civil general de Alemania (1).

---

(1) En razon de las fuentes de su legislacion, principalmente de la civil, pueden clasificarse aún hoy los Estados alemanes en cuatro grupos: 1.°, el de aquellos cuya legislacion es la francesa, con más ó ménos modificaciones; 2.°, aquellos en que está formada por los estatutos locales; 3.°, los que se rigen por el *derecho comun aleman*, y 4.°, los que tienen códigos propios.

El *derecho comun aleman*, que tanto debe á Mittermaier, Eichhorn, Muhlenbruch, Boehmer, Gluck, etc., es un conjunto de reglas tomadas del derecho romano, de las costumbres germánicas, de los estatutos locales, del derecho canónico, de las leyes particulares de los Estados y de las generales del Imperio. Donde hay códigos, sirve para la interpretacion de éstos; donde no, se aplica directamente, pero despues del estatuto local, de la ley del país y de las antiguas leyes generales del Imperio.

En cuanto á los códigos, dejando á un lado los de los cantones suizos de orígen aleman, é importantes leyes particulares sobre matrimonio, régimen hipotecario, abolicion de la servidumbre y de la prision por deudas, confesiones religiosas, procedimientos, derecho mercantil, etc., deben citarse el Código civil de Sajonia de 1863, el Código penal de 1870 y el Código de Comercio de 1869, que rigen hoy en todo el Imperio.

Por último, aunque, como en otra nota queda consignado, en la Constitucion del Imperio, el poder legislativo federal sólo alcanza, en el derecho civil, al de obligaciones, una comision se ocupa en estos momentos de la dificilísima tarea de preparar un Código civil aleman.—(A.)

TERCERA SUBDIVISION.

SUMARIA OJEADA AL DESARROLLO HISTÓRICO DE LAS RELACIONES JURÍDICAS PREDOMINANTEMENTE PRIVADAS; MODIFICACIONES QUE EXPERIMENTARON Á CAUSA DE LA ADOPCION DEL DERECHO ROMANO; SU ESTADO ACTUAL (1).

El derecho germánico más especialmente privado se ha desenvuelto, en un principio, segun la concepcion biológica y jurídica peculiar á la raza y sus diversas tríbus, mostrando característico sello; pero ha sido modificado más tarde de un modo esencial por el derecho romano, y en los tiempos modernos, por las ideas filosóficas y económicas.

Indiquemos sumariamente los momentos capitales de esa evolucion, aunque sin distinguir entre el derecho privado general y los especiales.

§. 1.—Condicion jurídica de las personas.

1. *La persona.*—Punto de partida y término del sistema del Derecho, la antigua vida germánica comprendió á la persona en su naturaleza moral y jurídica, en su libertad y honor, de un modo más profundo que ningun otro pueblo. La religion cristiana era apropiada para fortalecer más aún é interiormente este concepto y darle más alto valor; pero el mismo suceso histórico que llevó ante todo á las tríbus germánicas á abrazar el Cristianismo, el de las emigraciones, debia conducir en sus consecuencias á rebajar la personalidad. La extension del poder de los señores; el cambio de las relaciones de posesion; el nacimiento del sistema beneficial y su trasformacion en el feudalismo; la ampliacion de

(1) ZÖPFL, t. II, 2, p. 233, etc.—WALTER, 359, etc.—WARNKÖNIG, *Enciclop.*, p. 416, etc.

la propiedad alodial en feudo; la asimilacion gradual de los hombres libres con los no-libres y de las categorías superiores entre éstos con la inferior (asimilacion, en parte, nacida de la ignorancia, y en parte, de aprovecharse intencionalmente de ésta) son las diversas fases, que acabaron por conducir á la desmedida extension de la sumision y la servidumbre, paralelamente acompañada, en muchos conceptos, de una tiranía intelectual. La adopcion del derecho romano inició el cambio de estas relaciones; la Reforma realzó de nuevo la personalidad subjetiva, en cuanto á la vida espiritual; indagó, la filosofía, más profundamente la naturaleza del individuo y de la Humanidad; merced á la idea del hombre, se reconoció á la persona en su dignidad y libertad moral y jurídica, y se le devolvieron sus derechos en el Estado, suprimiendo todas las formas de servidumbre. La antigua concepcion germánica, el verdadero espíritu del Cristianismo y la filosofía deben hoy auxiliar el completo desarrollo de la persona en su naturaleza moral, como en todas sus relaciones de Derecho.

2. *Distincion natural entre las personas, por la edad y por el sexo.*— Esta última distincion, especialmente, tuvo ya desde un principio importantes consecuencias jurídicas, nacidas de la relacion del *mundium* y aumentadas todavia por las condiciones del derecho privado y el público durante la Edad Media. La aspiracion á la igualdad de ambos sexos bajo el primer respecto, favorecida en muchos puntos por el derecho romano, ha llegado á ser casi completamente reconocida doquiera en nuestra época.

3. *Aspecto ético-jurídico.*—En este sentido, tuvo el honor grande importancia jurídica, hallándose en recíproca dependencia honor y Derecho, merced á lo cual, se les hace con frecuencia equivalentes en los libros jurídicos de la Edad Media. Los diversos modos de disminuirse uno y otro (ade-

más de la *Friedlosigkeit*—pérdida de la paz, que llevaba consigo la de la personalidad), la muerte civil *(Rechtlosigkeit)*, la deshonra *(Ehrlosigkeit)* y la pérdida de la (1) lealtad *(Echtlosigkeit)* tenian ciertos efectos jurídicos (2). Despues de la adopcion del derecho romano, se creyó poder reconocer estos conceptos en el de la infamia y se intentó determinarlos conforme á éste. Pero la concepcion germánica se ha mantenido en las costumbres, que han modificado por el contrario muchas cosas, como tambien pueden hacer que renazcan otras, sobre todo, en punto á clases y corporaciones.

4. *Clases.*—Tácito (3) conoció ya distincion entre libres y no-libres, divididos, aquellos, en libres de nacimiento *(ingenui)* y nobles *(nobiles)*; y éstos, en siervos *(servi)* y emancipados *(libertini)*. Las emigraciones aumentaron considerablemente la clase de los no-libres y sus especies, como tambien se formó una nueva aristocracia, que se reformó y subdividió de muchos modos. Desde el siglo XII, se constituyó en las ciudades una burguesía más libre; y á fines del XIII, se habia ya establecido en la clase láica la diferencia entre nobles, ciudadanos ó burgueses y labradores. La nobleza se dividió, desde el siglo XV, en alta, que formaba parte de los Estados generales *(reichsständische)*, é inferior, á la cual pertenecian los caballeros y los nobles creados por diploma, desde Cárlos IV, así como los doctores en Derecho, cuya dignidad llevaba aneja nobleza personal. La clase ciudadana se subdividió más aún.—Entre los labradores, se formaron varias categorías, que han subsistido, con sus efectos, hasta los tiempos modernos, á saber: labradores con plena propiedad en sus tierras y que no se hallaban sometidos siquiera al pa-

(1) En Aragon, se llamaba *desafío* al acto de despedirse del señor el vasallo, y al documento en que éste se *desnaturalizaba*.—(A.)

(2) GERBER, §. 39.

(3) V. pág. 235.

tronato de un bailio, labradores que, si bien propietarios de sus tierras, estaban sometidos á este patronato y tenian que pagar un censo; labradores libres, que llevaban una tierra en arrendamiento temporal ó hereditario *(Lassbauern)*, censatarios semi-libres, en quienes se continuó la condicion de los *Latenleute* (1); por último, labradores siervos, adscritos, por tiempo ó hereditariamente á una tierra ó un cortijo (2). La falta de preceptos escritos, la ignorancia histórica, al par con la difusion del espíritu de tiranía para con los débiles, fueron causa de que á muchos se les colocase injustamente en una clase inferior.

Estas diversas condiciones han desaparecido casi por completo ante el principio de la igualdad, al influjo del derecho romano, de la Filosofía jurídica y de la Economía nacional. Hoy ya sólo existe, como una distincion importante en el Derecho, la de la alta nobleza, limitada sin embargo á los miembros de casas reinantes y de las antiguas familias que tenian asiento en los Estados generales y á quienes se conserva (3) el derecho de igualdad de nacimiento *(Ebenbürtigkeit)*. En lo demás, se advierte la sustitucion del principio del nacimiento para distinguir las clases, por el de la profesion, requiriendo tambien cada vez más las clases profesionales un derecho especial para el desarrollo de sus peculiares relaciones.

5. *Personas físicas y jurídicas.*—En el derecho germánico, esta distincion ha tenido desde el principio grande importancia. La mayor intimidad de los vínculos de la vida y la tendencia á las formas corporativas en ésta han dado á las personas jurídicas en Alemania un carácter peculiar y producido una mayor variedad en sus clases. A las antiguas

(1) V. pág. 269.
(2) WALTER, 434-439.
(3) Art. 12 del *Acta de la Confederacion germánica.*

comunidades rurales *(Landgemeinde)* y de las marcas *(Markgenossenschaften)* se añadieron las comunidades urbanas *(Stadtgemeinde)* y, en éstas, los gremios *(Zünfte)*; el derecho canónico agregó comunidades parroquiales, conventos y fundaciones; y la época moderna, tantas sociedades industriales y mercantiles, así como otras consagradas á fines intelectuales y morales. El derecho romano, en sus dos conceptos opuestos, el de la *communio*, en que los indivíduos que forman la persona jurídica son otros tantos sujetos de Derecho, y el de la *universitas*, donde la unidad jurídica aparece como el sujeto único, no era suficiente para las necesidades germánicas, de las que han nacido muchas asociaciones y corporaciones, en las cuales, tanto la persona jurídica, cuanto sus indivíduos, gozan de derechos, en ciertos respectos y condiciones (1).

§. 2.—Derechos reales.

1. *Clasificacion de las cosas.*—En el derecho germánico, tuvo desde un principio gran importancia la distincion entre cosas inmuebles *(Liegenschaften)* y muebles *(fahrende Habe)*, especialmente en el derecho de familia y en las sucesiones, y la ha conservado en el derecho actual comun, no ménos que en los particulares. Mientras los bienes muebles *(Fahrniss)* podian estar sometidos al dominio pleno de un indivíduo, en los inmuebles habia ciertas limitaciones por respetos á la familia y al derecho público, tratándose, sobre todo, de enajenaciones y herencias. La adopcion del derecho romano ha hecho valer, al lado de esta distincion entre las cosas, otras clasificaciones formadas con mayor delicadeza.

2. *Relacion jurídica de las personas con las cosas.*—Desde los más remotos tiempos, conocieron los germanos una pro-

(1) V. el libro III.

piedad, un *Eigen* (propio), pero sólo en los bienes muebles y en los lugares edificados; no en las tierras, en las cuales se verificaba únicamente la posesion alternativa (1). Despues de la emigracion y á consecuencia de la conquista, nació una verdadera propiedad, en la porcion de suelo *(sors)*, concedida á cada germano libre, propiedad que recibió el nombre (2) de *alodio* (3); aunque designaba tambien el patrimonio que dejaba una persona á su muerte, y aun toda la fortuna constituida en propiedad (4). Por esta equivalencia de los conceptos de fortuna y propiedad, se explica la notable particularidad del derecho germánico de reconocer tambien una propiedad sobre derechos (á los cuales se aplica asimismo en las fuentes el concepto de *proprium, eigen):* idea que se ha conservado en la lengua del tráfico y que hasta ha sido admitida por códigos modernos (5).

A distincion de la propiedad, formóse tambien, ya desde antiguo, la idea de la posesion *(die Gewere)*, que se desenvolvió de una manera muy diversa de la del derecho romano. Al adoptarse éste, su teoría de la posesion, á la verdad más precisa, se hizo derecho comun; pero la concepcion germánica no ha perecido con la palabra; antes se ha conservado tenazmente en la contratacion y penetrado en aplicaciones

(1) V. pág. 234.

(2) El término *alodio*, en la Edad Media, significa, ya el conjunto de la sucesion, en oposicion á una parte de ella, como la tierra *sálica* entre los francos; ya la propiedad plena, en oposicion á los beneficios y al precario; ya los bienes *propios*, en oposicion á los *adquiridos*.—(A.)

(3) Walter, §. 500.—La palabra *Alod (alodio)*, la deriva Grimm, *R. A.* p. 493, de *al* (todo, entero-*ganz)* y *ôd* (bien-*Gut)*: por donde *al-eigen* equivale á *ganz-eigen* (enteramente propio).—Otros, como Phillips, *Der. priv.* I, p. 396, ven en ella la voz *Loos (Hluth), sors*, suerte.

(4) Eichhorn, §. 57; Walter, §. 500.

(5) Así acontece en el Código austriaco, §. 353.

importantes de los nuevos códigos. Por esto, sólo hay que indicar aquí los rasgos esenciales de la posesion germánica, *(Gewere)*, sobre cuya naturaleza tanto disienten aún los germanistas (1). Estos rasgos, que la distinguen de la del derecho romano, se revelan en la relacion de la *Gewere* con el derecho mismo, y en la falta, dependiente de esta relacion, de recursos posesorios y de verdadera prescripcion, así como en la extension de la idea, análoga á la de propiedad. La *Gewere* (de *wern*, *wehren*, defender (2) que debe distinguirse de *Gewähr*, *Gewäre*, garantía ó caucion, v. gr., por faltas) expresa originaria y fielmente sólo la proteccion aneja á una propiedad, segun el derecho nacional, y en caso necesario, aun la que podemos prestarle por la propia defensa. No teniendo lugar la *Gewere*, en los primeros tiempos, más que en las fincas territoriales, se adoptó luego por investidura *(saisine*, *Einweisung*, *Einkleidung*, *vestitura)*; y la relacion así nacida con la cosa se llamó *Gewere*, nombre aplicado luego á la heredad misma. Pronto, sin embargo, habia de

(1) Las nuevas investigaciones fundamentales han sido dirigidas por la obra de ALBRECHT, *La posesion, como base del antiguo derecho real aleman (die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts*, 1828. Una monografía buena y en la que se juzgan las diversas opiniones es la de SANDHAAS, *Ensayos germanistas (Germanistische Abhandlungen)*, 1852.—Comp. WALTER, §§. 493-495.

(2) Entre los antiguos jurisconsultos alemanes, dice Ernesto Lehr, *(Elementos de derecho civil germánico*, París, 1875, lib. II, cap. II), la institucion que corresponde con más ó ménos exactitud á lo que hoy llamamos nosotros posesion, era designada con el nombre de *Gewere*, la cual, en cuanto significa el poder de hecho que se ejerce sobre una cosa y los derechos que de este poder se derivan, es muy distinta de lo que se llamaba *Gewähr*, es decir, garantía, *auctoritas*. Aquella pertenecia al derecho de las cosas; ésta, al derecho de obligaciones. La palabra *Gewere* significaba el poder de hecho que se tenia sobre un inmueble, el derecho que de ese poder se derivaba y el inmueble mismo; como el "término posesion" significa alternativamente un hecho, un derecho y la cosa poseida.—(A.)

comprenderse que la investidura por sí sola no garantiza el derecho; y que debia pensarse en una posesion, alcanzada por medio de una supuesta *vestitura*, de suerte que una cosa pudiera pertenecer en propiedad á quien no tuviese la investidura de ella, y al contrario. Nació de aquí, en la Edad Media, la concepcion de la *Gewere*, como aquello que está asegurado por el derecho, esto es, la relacion protegida de una persona con una cosa; en suma, la proteccion jurídica. Así se concibe, dado el alejamiento del concepto romano de la posesion (1), que, de esa posesion germánica, se aplicase á toda relacion con una cosa que hubiese de protegerse, é inmediatamente á la posesion misma corporal, que recibia el nombre de *hebbende Gewere* y despues á todas las relaciones en que habia de ampararse el vínculo jurídico de una persona con una cosa: por manera que el locatario, el prestatario, el que recibia la prenda ó el depósito, y aun el poseedor de una cosa robada, en cuanto tenian derecho á que se les amparase contra una agresion arbitaria, tenian un *Gewere;* hasta que al cabo, se aplicó este concepto á la propiedad, como derecho en la cosa, digno de proteccion, y se le llamó «posesion de propiedad» *(eigenliche Gewere)*. Además, pu-

(1) Ciertas cuestiones sobre la *Gewere* y cierta oscuridad en la exposicion me parecen provenir de que los escritores, aun sin darse de ello cuenta, parten del concepto romano de la posesion. Pero la *Gewere* germánica debe entenderse desde otro punto de vista, casi diametralmente opuesto. Pues mientras, en la teoría romana, predomina en todo caso la relacion *subjetiva* de una persona á una cosa como hecho, resalta en la concepcion germánica desde luego el elemento *objetivo* de la proteccion, segun aparece en todo el órden jurídico germánico. En esta proteccion, puede luego ser tambien muy diversa la relacion jurídica interna de las personas con una cosa. *Gewere* es, en general, proteccion de un derecho, verdadero ó presunto, en una cosa, ya comprenda este derecho todo el poder sobre la cosa, ó sólo parte. Cierto es que se refiere tambien á la tenencia corporal; pero no es cosa corporal y puede aplicarse *directamente* á los derechos en una cosa. sin necesidad de la falsa idea romana de la *quasi possessio*.

diendo hallarse una misma cosa en relacion jurídica con varias personas en diversos respectos, habia en ella tambien diversas *Gewere* de la propiedad, al lado de la de la reserva *(Leibzucht)*; la del propietario, al lado de la del que recibe un censo perpétuo; así como en un derecho de hipoteca sobre una finca, donde (posteriormente) el deudor queda en posesion, pero el acreedor tiene sin embargo una *Gewere* en la cosa (1).

Así se explica que la *Gewere*, como el concepto de la propiedad, se hayan aplicado á los derechos, á las obligaciones que consisten en prestaciones de tracto contínuo, como censos perpétuos y rentas. El proceso en la extension de esta idea de la posesion fué, por tanto, aplicarlo primeramente á los inmuebles; despues, á los bienes muebles y desde muy temprano á los derechos. Una consecuencia de la concepcion germánica de la *Gewere*, que no se contrapone al derecho como mero hecho (2), fué que, al principio, el derecho germánico, por una parte, no conocia remedio alguno puramente posesorio (3), por más que admitiese un procedimiento sumario en los casos de expoliacion y privacion violenta; y sólo despues, desde la paz territorial de 1281 y bajo el influjo del derecho romano y el canónico (accion de expoliacion), se introdujo una distincion entre las acciones posesorias y las petitorias. Fué otra consecuencia que la posesion de año y dia, esto es, de un año, seis semanas y tres dias (la llamada justa posesion—*rechte Gewere)*, no daba lugar á ninguna

(1) Así es que, aun el derecho romano ha tenido que modificar en el derecho de hipoteca su principio de que no es posible que varios posean *in solidum* una cosa: pues que el acreedor hipotecario tiene la posesion de los interdictos y el deudor, sin embargo, conserva la de la usucapion.

(2) Alude á la idea de la posesion por Savigny y quizá á la de Stahl: ya en su *Derecho natural* censura Ahrens al primero.—(A.)

(3) Walter, §. 496.

prescripcion propiamente dicha, porque la posesion tenia que confirmarse por el juramento que debia representar al derecho: de donde más tarde, al desaparecer el juramento, se llegó á establecer una prescripcion, cuando habia precedido la cesion judicial. Al aceptarse el derecho romano, su teoría de la posesion llegó á adquirir validez general; pero la doctrina germánica subsistió en muchos extremos como derecho particular y, por lo que toca á la extension del concepto, fué aceptada por los tres códigos modernos.

Los *derechos particulares sobre las cosas* se han desarrollado en varios sentidos. Como formas jurídicas de *poseer el suelo*, aparecen, despues de las emigraciones, las siguientes: 1) la propiedad *libre* (alodio), que incluye el derecho á todo cuanto hay en la superficie y en el fondo (1), de donde se desarrolló tambien el concepto del señorío territorial *(Grundherrlichkeit)*, como un poder de proteccion sobre todas las personas establecidas en el territorio (ya vasallos—*Insassen*—ya vasallos de vasallos—*Hintersassen*, *arrière-vassaux)*: 2) la posesion nacida de *concesion* del propietario, en diversas formas: la más antigua, por concesion de fincas accesorias *(Nebenhöfe)*, á cambio de prestaciones y tributos, sobre cuya base se formó un derecho sobre los hombres sujetos á corvea *(Hofrecht, jus curiae)*; ó como concesion de fundaciones y conventos, ya por cierto tiempo, ya á perpetuidad; ó á servidores (ministeriales), ó, posteriormente, segun el derecho feudal. De ambas maneras de poseer la tierra, se produjo aquel estado, que se revela despues en la posesion territorial de las clases, de la nobleza, de los habitantes de las ciudades y especialmente de los labradores.

Son característicos del derecho germánico, en los inmuebles, los modos de propiedad denominados *comun (Gesamm-*

(1) WALTER, §. 486, etc.

teigenthum) y *dividida (getheilte Eigenthum)* (1).

Cierto es que el concepto de la primera ha sido combatido en los últimos tiempos por algunos autores (Hasse, Dunker, Gerber), bajo el criterio de una concepcion romanista de la propiedad y con una lógica al parecer más rigorosa, aunque en realidad puramente formal y que no comprende como es debido las relaciones en sí mismas; pero dimana del íntimo sér y vida germánicos. Esta propiedad comun, nacida en un principio mediante el (2) *Almende* (campos, montes y pastos comunes), ha tenido luego otras aplicaciones, especialmente en el derecho de familia. Es característica, en este punto, la concepcion orgánica de que, tanto el todo (la comunidad, *Gemeinde*, *Gemeinschaft)*, como los individuos, tienen, en diversos sentidos, derecho de propiedad.—La idea de la propiedad dividida (3), por la cual, una persona tiene el aprovechamiento de la finca, y otra el dominio directo ó superior, tiene ciertamente fundamento objetivo,

(1) V. el libro III.

(2) Esta forma de la propiedad colectiva es hoy objeto de estudio para todos cuantos se ocupan del *problema social*, en la parte referente á la posesion de la tierra. El *Almende* constituye una organizacion, que tiene gran analogía con la que se encuentra en muchos pueblos primitivos y aún hoy en algunos de Europa, y hasta puede decirse en todos: pues que, más ó ménos, no hay ninguno en que no se halle este disfrute comun de los pastos, de los bosques, de las canteras, de las aguas ó de los caminos. No debe confundirse, ni con el *condominium* ó copropiedad de los romanos, ni tampoco con la propiedad de una *universitas*.—(A.)

(3) Tambien el concepto de la propiedad dividida ha sido desechado por los germanistas romanizantes. Conforme á lo cual, v. gr., trata GERBER el préstamo y las relaciones rurales de bienes, la enfitéusis, el censo perpétuo, etc., como derechos en cosa *ajena*. Mas no puede ménos de preguntarse qué peregrina justicia histórica y qué política han conducido en los últimos tiempos á consolidar la propiedad en las manos de aquellos que poseian esos derechos en cosas ajenas, cuando sin embargo no podia tratarse de falta de cumplimiento de las obligaciones por la otra parte.

pero sólo ha sido desarrollada en la teoría. Ocasionada por una mala inteligencia de los glosadores, que, no comprendiendo acertadamente la significacion de los conceptos romanos de la *actio directa* y la *utilis* en la enfitéusis, supusieron en ésta, como en el feudo, un *dominium directum* y otro *utile*, que, al traducirse, se convirtieron en las dos formas dichas de propiedad, aplicáronse desde entonces, estas ideas al feudo, á la enfitéusis, á la superficie y á los bienes rurales, organizados á imitacion de la enfitéusis.

Se *adquiria* la propiedad (1), originariamente ó de primera mano, por contrato bilateral y por prescripcion, así como por la sucesion, que luego consideraremos. La adquisicion originaria tenia lugar, como desde luego se comprende, en las cosas que cualquiera producia, ya con materiales, ya sobre suelo, etc., propios; ó el vasallo, ó el aldeano que vive de la pension que se le reserva *(apanagé, Leibzüchter)*, ó el censatario en el suelo ajeno. Igualmente tenia lugar la ocupacion, con determinadas circunstancias, en ciertas cosas sin dueño, como animales salvajes, abejas, etc. Hallábanse establecidas condiciones respecto de los frutos que penden ó caen en la heredad del vecino, al cual se adjudicaban; respecto de su adquisicion, cuando revertian los bienes dados en feudo ó en pension vitalicia (2) etc., etc.—Por contrato bilateral, se adquiria la propiedad mueble, cerrado el trato y por la simple tradicion; en los inmuebles, al contrario, se requeria, además del acto jurídico (compra-venta, permuta, donacion), la *cesion (Auflassung)* judicial, ó verificada ante testigos, y cuyo efecto era el abandono de la propiedad, que pasaba á la otra parte. Este sistema de la cesion judicial, tal cual lo exige siempre el derecho sajon, así como de la ins-

(1) Walter, §§. 507-513.

(2) De aquí, el proverbio "quien siembra, coge" *(wer säet, der mähet)*.

cripcion en libros públicos, fué haciéndose poco á poco casi general.—La adquisicion por prescripcion se hallaba determinada por el punto de vista de que el propietario, pasado un cierto tiempo, habia abandonado su derecho. Sobre este principio del abandono tácito y la prescripcion, no se hallan sino disposiciones aisladas; por manera que el derecho romano tuvo aquí que suplir una laguna considerable.

En la *persecucion* de la propiedad mueble (1), no consentia el derecho germánico la inconsiderada *rei vindicatio* de los romanos contra cualquier poseedor; antes, al contrario, distinguia en las relaciones dos casos, segun que la cosa se hallaba en manos de otro *con* ó *sin* el asentimiento del legítimo poseedor. En el primero, el derecho-habiente tenia sólo una accion personal *(Forderung)* contra aquel que eventualmente estaba obligado á la indemnizacion (v. gr., en el comodato *(Gebrauchsleihe)*, alquiler *(Sachmiethe)*, la dacion en prenda *(Hingabe zu Pfand)*, el depósito *(Hinterlegung)*, segun el proverbio «una mano tiene que guardar á la otra» *(Hand muss Hand wahren)*, ó aquel otro de «donde uno ha puesto su crédito, allí tiene que volver á buscarlo» *(wo Jemand seinen Glauben gelassen, muss er ihn wieder suchen)*. Por el contrario, en el caso de pérdida involuntaria (v. gr., en las cosas perdidas, hurtadas ó robadas), se dá una accion real contra cualquier tercero, llamada «comienzo» *(Anfang, Anevang)*, porque el demandante comenzaba por apoderarse de la cosa.

Con la adopcion del derecho romano, vinieron tambien á estar en vigor sus principios sobre la adquisicion de la propiedad y sobre la prosecucion de las reclamaciones á ella concernientes. Pero, así como en la adquisicion de inmuebles se ha mantenido el principio germánico de la publicidad por

(1) WALTER, §§. 502-506.

medio de la necesidad de su inscripcion en el libro catastral, así tambien hallamos, á lo ménos, en los derechos particulares, el influjo del principio «la mano tiene que guardar á la mano», en la persecucion de cosas muebles (1). La propagacion de las ideas jurídicas germanas acerca de la propiedad ha contribuido por lo demás esencialmente á libertar la propiedad inmueble de las cargas que se derivaban de la servidumbre, de la *Hörigkeit* ó de otras relaciones rurales: tales eran: los diezmos, corveas (*Fröhnden*) y otras cargas reales. Igualmente ha favorecido la conversion en alodio, cada vez más generalizada, de los feudos, faltos hoy de razon de sér interna.

Pocas *servidumbres* conocia el antiguo derecho germánico: el romano ha sido en este punto la base general. Mas, para la certeza de la vida jurídica, la inscripcion en los libros territoriales se hallaba prescrita en los más de los derechos particulares.

Por analogía con las servidumbres, trataron durante largo tiempo los jurisconsultos erróneamente como *servitutes quae in faciendo consistunt*, las *cargas reales* del derecho germánico, esto es, las obligaciones perpétuas inherentes á la posesion de un inmueble, y especialmente relativas á la prestacion de censos territoriales, diezmos y corveas. Estas cargas, sobre cuya naturaleza jurídica todavia tanto se discute (2) y que se relacionan con la propiedad dividida, han desaparecido casi en totalidad.

En el derecho de *prenda* (3), conocia el derecho germáni-

(1) Así tambien acontece en el *Cód.* austriaco, §. 367, aunque teniendo en cuenta la *bona* ó *mala fides* del tercer poseedor; el lenguaje jurídico francés tiene la máxima de que *les meubles n' ont point de suite*. BLUNTSCHLI, *Der. priv. alem.* (*Deut. Priv. R.*) I, p. 360.

(2) Una concisa exposicion de las diversas opiniones dan GERBER, §. 168 y WALTER, *Der. priv.* (*P. R.*), §. 149.

(3) WALTER, §§. 532-538.

co, desde los primeros tiempos, la pignoracion ó dacion en prenda de una cosa mueble, para asegurar el pago de una deuda. En este punto, ha servido de criterio la teoría romana. Bajo el nombre de *Satzung* (constitucion), se conocia la hipoteca de una tierra mediante cesion judicial, en varias formas, del derecho del acreedor que obtenia la posesion. Pero, desde el siglo XIII, tuvo lugar en los inmuebles otra *Satzung*, sin posesion ni disfrute, y que engendraba, mediante la cesion judicial y el registro, sólo el derecho real, la *Gewere*, correspondiente á la hipoteca del derecho romano, que se relacionó con ella. El sistema hipotecario romano, sin embargo, se mejoró esencialmente por el principio germánico de la *publicidad*, más desarrollado todavia por las legislaciones modernas, que lo han enlazado con el de la *especialidad:* de suerte que una hipoteca sólo puede surtir efectos contra un tercero en virtud de su inscripcion en un libro público (catastro, etc.); y á consecuencia de la especialidad, exigida para el mismo fin, ninguna hipoteca puede inscribirse sino en garantía de una suma determinada con toda exactitud y sobre una finca individual y determinada tambien: con lo cual, un acreedor puede tener en su favor varias hipotecas especiales, pero ninguna general.

§. 3.—Derechos en actos, ó de obligaciones (1).

1. *Consideracion general.*—Por el duradero predominio de las relaciones de la propiedad territorial, que habian recibido en diversas formas el carácter de vinculacion, el derecho germánico de obligaciones no fué más allá de las sencillas reglas y formas del tráfico. Cierto que el florecimiento de las ciudades y de su comercio en la Edad Media

(1) Sobre lo general, V. especialmente Beseler, §. 117; Bluntschli, §. 110.

produjo un estudio más exacto de las teorías generales y de las formas especiales de la contratacion; pero este importante desarrollo se interrumpió por la adopcion del derecho romano, que, con su sistema de obligaciones tan desenvuelto, ofrecia de una vez lo que en Alemania sólo habria podido ser término de una larga evolucion. Así es que aquel derecho llegó á dominar por completo en este punto; pero una concepcion germánica de la obligacion en general, como en particular del contrato y más aún de ciertos contratos que tenian ya su raiz en el derecho antiguo, ha sido causa de algunas desviaciones de aquella corriente y puede todavia hoy, rectamente aplicada, guiar á mayores progresos.

En esa concepcion germánica de la obligacion como vínculo jurídico entre dos personas, debe notarse, ante todo, la situacion más libre de éstas entre sí y la preponderancia del contenido *material* y objetivo. Ábrese con esto camino á una informacion tambien más libre de la vida y de las condiciones sociales, aunque ofreciendo al par, el indudable riesgo de desnaturalizar la exacta relacion entre personas y cosas. El derecho germánico no presenta dificultad alguna para admitir la sustitucion de una persona en lugar de otra; y así como permite fácilmente la representacion para adquirir obligaciones, reconoce tambien la trasmision de la *exigencia* en sí misma (no meramente de la *actio*, como el derecho romano). Pero si esta doctrina no ha dejado de influir en la regulacion de una deuda ó de una obligacion sobre un prédio, para *cada uno* de los poseedores, de donde pudieron nacer las cargas reales *(Reallasten)*, en las que no hay absolutamente que tomar del derecho romano concepto alguno, en cambio esa facilidad para ceder las exigencias ó pretensiones ha conducido en los últimos tiempos á las obligaciones al portador y, al cabo, aun á las acciones al portador (hasta el punto de que una sociedad ni siquiera sabe quiénes son sus miembros, que

cambian cada dia), favoreciendo poderosamente, merced á esta facilidad, el juego, tan funesto para la moral y para las fortunas. El remedio de este mal debe buscarse en un regreso, aunque no con demasiado rodeo, al verdadero concepto de la obligacion, en la cual no es lícito que desaparezca la persona ante la cosa (1): concepto que ciertamente responde del mejor modo posible á las necesidades de la contratacion.

Entre las obligaciones, que tambien en el derecho germánico pueden dividirse en obligaciones de negocios, dê delito y de estado, debemos considerar aquí tan sólo los contratos.

2. *Contratos* (2).—La fuerza obligatoria y la accion (*Klagbarkeit*) de los contratos no dependia, segun las ideas y las costumbres germánicas, de forma alguna determinada, sino que descansaba sobre la conformidad de las partes (3), aun cuando estuviesen en boga ciertos símbolos (v. gr., apretar la mano, romper una paja) para significar su conclusion. A fin de asegurar la *prueba*, sin embargo, se contrataba las más veces por escrito ó ante testigos; y al adoptarse el derecho romano, su carácter formalista no prevaleció en esta materia. La distincion romana en contratos revestidos de accion y pactos—que al principio no la producian, sino que la adquirieron en parte por los pretores y los emperadores—no tuvo aquí sentido. Igualmente se ha prescindido de la division de los contratos en reales, ya nomina-

(1) En mi *Fil. del Der. (Rechtsphil.)*—1.ª ed., 1839, ed. alem. de 1852, p. 564—he indicado ya en otro tiempo el inconveniente práctico que nace de una falsa concepcion de la naturaleza de estas sociedades. El asunto es verdaderamente más digno que tantas otras materias del derecho romano, de un estudio jurídico que tome en cuenta todas sus relaciones esenciales.

(2) WALTER, §§. 521-538; BLUNTSCHLI, *Der. priv. alem.* §. 112 etcétera.

(3) Proverbio: "*ein Wort, ein Mann*" ("una palabra, un hombre"; que podria traducirse tal vez por nuestro: "al hombre, por la palabra." —(*N. T.*)

dos *(mutuum, commodatum, depositus, pignus)*, ya innominados (entre ellos, especialmente designados, la permuta, el *precarium* y la reventa); verbales (estipulacion), literales y consensuales *(emtio et venditio, locatio et conductio, mandatum* y *societas)*. Pero no debe afirmarse en absoluto, como algunos hacen, el principio de que, en el derecho comun actual, todos los contratos son consensuales. Contratos hay, que, por su índole y á ejemplo de los reales en Roma, adquieren este carácter con la entrega de la cosa, por una parte, y la obligacion de devolverla, por la otra, si bien puede reclamarse tambien el cumplimiento de la promesa de una cosa semejante. La estipulacion romana jamás ha estado aquí en uso; pero el contrato literal se presenta con una forma original en el contrato de cambio. Comparado, pues, con el romano, muestra el derecho germánico, en punto á los contratos, con un carácter más libre, una falta de formas, favorecida juntamente por una teoría abstracta, jurídica y política, que doquiera busca el fondo sin la forma, la idea, sin concreta determinacion (1). Los legisladores modernos han hecho depender, sin embargo, la validez de ciertos contratos, de su redaccion por escrito.

Las doctrinas generales, que se aplican tambien á los contratos, acerca del dolo, la culpa, la ignorancia y el error, la persona que soporta el riesgo, etc., no han sido todavia desarrolladas en sus principios por los germanistas, partiendo de las fuentes de la Edad Media (2); pero se distinguen

(1) V. tomo I, pág. 240.

(2) Buen comienzo ha sido el de Víctor PLATNER en su obra: *Sobre el desarrollo histórico del sistema y el carácter del derecho germánico (Ueber die historische Entwickelung des Systemes und des Characters des d. R.)*, cuyo tomo II (1854) contiene las teorías generales de Derecho. Una indagacion y juicio proseguidos comprobarán suficientemente que los romanos tampoco en esta parte de su derecho de obligaciones han conocido, como STAHL piensa (*Fil. del Der.—Rechtsphil.*, II, al fin), "la verdadera y patente naturaleza del asunto."

mucho del derecho romano, y á veces por una consideracion más exacta de las circunstancias.

Los contratos particulares más importantes son la compra-venta, en la cual aparece, tratándose de inmuebles, y debe notarse, el derecho de retracto en la venta; la permuta, que en todo sigue los principios del anterior; el arrendamiento y alquiler; el depósito; el comodato, el préstamo, tanto sin interés *(ad beneficium)*, como frecuentemente ocurre, cuanto con interés, pero en el cual la prohibicion del derecho canónico de las usuras, en concepto de lucro sacado de la necesidad de otro, se extendió y mantuvo en vigor hasta el siglo XVI. Desenvolvióse, por el contrario, la compra de rentas (1), en tantos respectos más ventajosa para el deudor, que vendia rentas impuestas muchas veces sobre inmuebles, especialmente por la falta de notoriedad del capital del acreedor, que las compraba. Pero, hácia fines del siglo XVI, permitieron ya algunas legislaciones territoriales el préstamo á interés, y despues de la guerra de los treinta años, y de las muchas deudas que trajo consigo, fué desapareciendo cada vez más la compra de rentas, que ya casi nunca aparece. Contratos onerosos de alimentos son el beneficial, el de reserva de pension y el de rentas vitalicias; y constituyen un desenvolvimiento del antiguo contrato de precario, por el que uno entregaba su fortuna á una iglesia, reservándose una pension vitalicia. Los contratos de seguros sólo se han desenvuelto en los tiempos modernos, así como el contrato de trasporte á riesgo y ventura, el editorial y, en especial, el contrato de cambio. Las donaciones, por lo comun, se hacian constar en documentos. Una forma general, para obligarse firmemente á un acto ó prestacion con respecto á otra persona, era la promesa de fidelidad *(Geloben auf Treu und*

(1) Beseler, II, §. 127; Walter, §. 525; Id., *Der. priv. alem. (D. P. R.)*, §. 266.

Glauben, fidem facere), comparable con la estipulacion romana.

Del cumplimiento de los contratos, respondia, en primer término, la fortuna, y despues, la persona: así es que todavia en la Edad Media existe la esclavitud por deudas, sustituida posteriormente por la prision. Los medios de garantizar las obligaciones eran, en parte, personales; la promesa, la dacion de la persona en servidumbre provisional, la detencion del deudor hasta pagar su deuda (rehenes, *obstagium)*, la presentacion de un fiador; en parte, reales, como la constitucion de garantías, ya en la forma de prenda *(pignus, vadium)*; ya sobre inmuebles; ya por último y en ciertos casos, la ejecucion privada (embargo).

El contrato con los obreros y los criados tiene en el derecho germánico, no sólo un carácter relativo á los bienes, sino tambien ético; como difiere fundamentalmente su derecho de sociedad de la *societas* romana por un vínculo más firme é interno, que limita la arbitrariedad de los individuos, no ménos que por la posicion más unitaria de la comunidad en sus relaciones exteriores. Además de las importantes sociedades industriales ó de ganancia, entre las cuales se han caracterizado en los tiempos modernos y en diversas formas las colectivas, comanditarias y anónimas ó por acciones, y que piden todavia ser mejor y más exactamente organizadas en todas sus relaciones esenciales, se han formado en la vida germánica con mayor riqueza aquellas otras sociedades en que la fortuna no constituye el fin, sino el medio para otros fines intelectuales, morales ó religiosos.

§. 4.—Derecho de familia (1).

La más íntima sociedad, que abraza la vida toda y en la cual el vínculo ético constituye el propio fin, es la *familia,*

(1) WALTER, §. 453, etc.—BLUNTSCHLI, II, §. 144, etc.

comprendida por los germanos, ya desde antes del Cristianismo, como una íntima comunidad moral y jurídico-política, y que abraza, en su sentido más estricto, el organismo que lleva este nombre, y en otro más ámplio, la parentela, esto es, el todo de indivíduos enlazados por un orígen comun. El poder de este vínculo se mostraba en la paz y en la guerra, en los sacrificios religiosos ante el hogar de los antepasados, en la venganza de sangre, en la faida y la composicion *(Wergeld)*, en la tutela familiar, en el derecho de bienes por la vinculacion de los hereditarios y de raza, en todo lo relativo á sucesiones y especialmente en el órden de la parentela, que constituye la base de la herencia germánica.

El *matrimonio* era considerado por los germanos como un vínculo tan sagrado, fundamento natural y moral de toda la organizacion jurídica y política (1), que la doctrina cristiana no hizo más que añadir la sancion religiosa. Desde la concepcion del matrimonio como sacramento, toda esta esfera jurídica entró en la jurisdiccion eclesiástica. La Reforma dió á la jurisdiccion en los asuntos matrimoniales, aunque fuese eclesiástica, un carácter predominantemente secular; y hasta en los Estados católicos de Alemania, se distinguió más exactamente entre el elemento civil y el religioso de esta relacion. En Francia, la revolucion condujo á la completa separacion de ambos, con el matrimonio civil, cuya precedencia se declaró obligatoria, sistema admitido tambien en otros paises, á fin de evitar conflictos con la Iglesia. La conveniente distincion entre el carácter jurídico y el religioso-eclesiástico de esta institucion es hoy todavia un problema importante (2).

(1) De aquí *êwa*, *êa*, que al principio denotaba el lazo conyugal, de donde luego vino *Ehe*, matrimonio.—V. pág. 228.

(2) En España, la Ley provisional de 18 de Junio de 1870, esta-

La *tutela* germánica, derivada del *mundium*, fué en un principio, no tanto—como la *manus* y la *potestas* romanas—un poder de imperio, cuanto una *obligacion* de proteccion y representacion, de tendencias morales: así acontece en la tutela del marido respecto de su mujer, del padre sobre los hijos, ó la de los parientes próximos varones y mayores de edad sobre los menores huérfanos y las mujeres desamparadas. Y, extendiéndose sobre todas las esferas en los primeros tiempos la proteccion del pueblo, á la cual sustituyó más tarde la del rey, nació de esta última la institucion germánica de la tutela eminente ó suprema *(Obervormundschaft)*. —La tutela se ha desarrollado diversamente en sus varias especies. La relativa á las mujeres desamparadas perdió importancia ya en la Edad Media y más aún por el influjo del derecho romano, que no la conoció. La del marido se ha conservado, á la verdad, en ciertos derechos especiales; pero las mujeres independientes han alcanzado hoy, en la mayoría de los Estados alemanes, una situacion jurídica más libre. La tutela de los menores, á la adopcion del derecho romano, en esta parte muy desarrollado, se ordenó por los principios de éste; pero manteniendo y desenvolviendo más y más el principio germánico de la tutela eminente, de suerte que la tutela vino á ser mirada más bien como un asunto público.

El derecho *conyugal* de bienes, desde sus comienzos, que Tácito menciona (1), se ha desarrollado posteriormente, par-

bleció la completa separacion entre el matrimonio canónico y el civil, distincion que ha subsistido hasta la publicacion del Real Decreto de 9 de Febrero de 1875, por el cual se devuelve la plenitud de efectos civiles al matrimonio canónico, quedando vigentes tan sólo la inscripcion en el Registro civil y el título V de la ley. El decreto declaró además disueltos los matrimonios que, al amparo de ella, habian contraido civilmente, despues de haber abjurado de sus creencias religiosas, varios clérigos católicos.—(*N. T.*)

(1) V. pág. 347.

te con independencia, parte por influjo del derecho romano. El primitivo derecho, en este punto, estaba determinado, durante la vida de los esposos, por el *mundium*, que correspondia al marido y que atribuia á éste la administracion de la fortuna para las necesidades domésticas. A la muerte de uno ú otro cónyuge, eran, en otro tiempo, mayores los derechos del marido que los de la mujer. Los inmuebles de ésta pasaban en herencia á sus parientes: los bienes muebles solian quedar como propiedad del marido, así como los gananciales. La viuda recibia sus inmuebles en libre administracion y aprovechamiento, pudiendo tomar tambien sus bienes muebles, si existian; despues, especialmente en las ciudades, se le aseguró el derecho real á la restitucion. Tambien recibia el *morgengabe* (1), que el marido le habia dado ó prometido, y muchas veces, además, una viudedad. Constituyóse en la Edad Media, andando el tiempo, un segundo sistema, el de la comunidad de bienes, ante todo, entre los francos (especialmente tambien en la *coutume de Paris*, por lo cual asimismo este sistema ha venido á ser el legal (2) en el *Code civil*, y especialmente en las ciudades, donde favorecia al crédito en el comercio y la industria. Con el derecho romano, vino á estar en vigor, en parte, el sistema dotal, pero amalgamado en muchos respectos con el primitivo sistema germánico.—Así, pueden hoy distinguirse tres sistemas capitales: 1) el de la *reunion* (3) de bienes *(Güterverbindung)*, en que los de ambos cónyuges están separados dentro del matrimonio, pero exteriormente reunidos y sometidos á la administracion y usufructo del marido; 2) el de la *comunidad*,

(1) V. pág. 242.
(2) V. pág. 479.
(3) Este nombre es más adecuado, como tambien advierte BLUNTSCHLI, (§. 151), que los de "unidad de bienes", ó de "comunidad *exterior* de bienes", usados por otros, pues una unidad implica enlace harto más íntimo que el que aquí existe.

ya general, cuando se extiende—que es lo más usual—á todo el haber conyugal, ya particular, cuando sólo es comun una porcion de ellos y especialmente los gananciales, ó sea lo adquirido durante el matrimonio; 3) el sistema *dotal* romano, diversamente modificado.

§. 5.—Derecho de sucesion (1).

El carácter del derecho germánico respecto de las sucesiones, carácter determinado desde el principio por una concepcion más íntima de los vínculos familiares, ha sido ciertamente modificado por el derecho romano, pero conservándose en muchos extremos de grandes consecuencias.

En cuanto á los modos de suceder, los testamentos eran desconocidos de los germanos antes de las emigraciones. A la muerte del individuo, se manifestaba inmediatamente el derecho de la familia de que era miembro. Despues de las emigraciones y con la adopcion del Cristianismo, aparecen los testamentos, primeramente, segun se cree (2) como disposiciones para proveer por el bien de su alma, estableciendo limosnas para los pobres ó para la Iglesia (que vivia ya principalmente segun el derecho romano, favorable á esta institucion), y luego, en general, como derecho de disponer de cada parte de los bienes, y en primer término de los muebles. Pero la idea fundamental de que «Dios, no el hombre, hace al heredero», siguió dando el primer rango á la sucesion intestada, que descansa en los vínculos de la sangre y la familia; y aun despues de la admision del derecho romano, se modificó esencialmente la relacion de la sucesion legal con la testamentaria porque, mientras en aquel el testamento era la regla y la sucesion intestada—como el

(1) Walter, §. 539, etc.—Bluntschli, ii, §. 186, etc.
(2) Bluntschli, *Der. priv. al.*, ii, §. 190.

mismo nombre lo dice—la excepcion, á falta de testamento, aquí por el contrario siguió siendo la regla la sucesion natural de la familia, naciendo de este principio importantes consecuencias.—Los pactos sucesorios se establecieron desde el siglo XVI por la jurisprudencia, que, de la teoría de la validez general de los contratos, dedujo la de éstos (1), pero enlazándolos á las formas germánicas afines.

La *herencia* no se concibió, al modo del derecho romano, como una unidad patrimonial y persona jurídica, *universitas rerum;* sino que, segun la cualidad de los bienes, v. gr., si es propiedad ó feudo, y segun los elementos principales, inmuebles ó muebles, podia tambien, cosa frecuente, tener lugar una sucesion distinta. El heredero respondia de las deudas únicamente hasta donde alcanzaba (2) á cubrirlas el activo, ó aun tan solo los bienes muebles *(Espejo* de Sajonia): la trasmision de la herencia no se verificaba, como acontecia en el derecho romano, por la adicion ó toma de posesion del heredero, sino por la fuerza del derecho, segun el proverbio «el muerto se apodera del vivo» *(le mort saisit le vif);* aunque el heredero podia renunciar á este derecho natural, repudiando la herencia. En estos dos puntos, con sus consecuencias (3), se han introducido, sin embargo, ciertas modificaciones por el derecho romano.—En los testamentos, no era necesaria la institucion de heredero, pues ésta se hallaba dada por el derecho natural (4), excepto cuando no habia

(1) La obra capital es la de BESELER, *Teoría de los pactos sucesorios (Lehre von den Erbverträgen)*, parte III, 1835.—Comp. WALTER, *Hist. del der. germ. (D. R. G.)*, §. 549, etc., y *Der. priv. al.*, §. 424, etc.; BLUNTSCHLI, *o. c.*, §. 194.

(2) Nuestro beneficio de inventario.—(*N. T.*)

(3) Sobre esas importantes consecuencias, V. BLUNTSCHLI, II, página 380.

(4) Todavia hoy se entiende en el *Code Napoléon* por *héritier* sólo el heredero abintestato; á los *otros* herederos testamentarios, se les lla-

heredero alguno. Su contenido constaba de legados. Pero ya antes hallaron acogida las causas de desheredacion establecidas por la Novela 115 de Justiniano; aunque la pérdida del derecho de suceder, sin declaracion del testador y á causa de graves infracciones á los deberes de piedad, aparecia justificada.—La sucesion intestada se determinaba al principio por el órden de la parentela y la tríbu. Pero, desde el siglo XV, el influjo de los romanistas introdujo el órden de cuatro clases establecido en la Novela 118, y en el cual, cada clase posterior era excluida por los miembros capaces de la precedente, siendo llamado en primer término en cada una de ellas el más próximo en grado (pero admitiendo el llamado derecho de representacion, al ménos de los hijos). Sin embargo, la antigua sucesion germánica se ha conservado en muchos países (1).—Tambien se ha mantenido en el derecho aleman una sucesion especial para los feudos (sucesion feudal, *Lehensfolge)*, para los bienes familiares *(Stammgüter)*, al ménos en la alta nobleza, y para los fideicomisos: en cuyos dos modos se presentan las formas de la primogenitura (con la cual se relaciona en ocasiones una segunda y aun terciogenitura), del mayorazgo, del señorío y el minorazgo; así como en los bienes rurales, donde la sucesion se verifica en las formas del mayorazgo y minorazgo.

§. 6.—Tribunales y procedimiento civil (2).

Carácter fundamental de la organizacion judicial, mientras se conservó germánica, era que la justicia se adminis-

ma "legatarios" (art. 1.002 etc.); como tambien se tratan los testamentos en el mismo título que las donaciones.

(1) Ha vuelto á reconocerse en el *Cód. civ. gener.* de Austria *(A. B. G. B.)*, que en el §. 731 le consagra seis líneas, y que de este modo ha establecido el más sencillo y conveniente órden de suceder.

(2) MAURER, *Hist. del antiguo procedimiento judicial germánico, especialmente en Baviera (Gesch. des altgerm., besonders altbaier.*

trase bajo la direccion de los magistrados, pero con la cooperacion del pueblo. Antes de la inmigracion, el *princeps* (1) presidia el tribunal, formado de la asamblea cantonal; despues, quien presidia era entre los francos un *centenarius* ó *tunginus (Hunne)*, en el *mallus (Malberg*, lugar de tribunal) de las centenas, de tal suerte, que los hombres libres reunidos en calidad de hombres de derecho *(Rachinburgen*, segun Grimm (2); *consilium ferentes)*, siete de los cuales estaban sentados y los demás de pié, pronunciaban sentencia. Posteriormente, sustituyeron al centenario el conde y su vicario, que recorrian el país, teniendo al lado al centenario del lugar. Carlomagno organizó los regidores ó jurados *(Schöffen, échévins)*, que segun algunos ya existian antes de él y que (3), elegidos á perpetuidad por los propietarios libres (y por tanto libres elegibles), ocuparon el puesto de los siete *Rachinburgen*.

El procedimiento descansaba en la comparecencia personal de las partes, pero estaban permitidos abogados *(prolocutores)*. Debe indicarse, como principio de prueba, que á cada una de aquellas no se le permitia en primer término probar sino lo que sucedia ó no sucedia dentro de su propia esfera y circunstancias, y el juez habia de atenerse ante todo á estas alegaciones, cuando se garantizaba suficientemente la rectitud de la voluntad ó la veracidad de la declaracion. Los me-

---

Gerichtsverf., 1824.—F. W. UNGER, *El antiguo procedim. germ. (die altdeutsche Gerichtsverf.*, 1842).—ZÖPFL, II, 2, p. 386.—WALTER, §. 574.

(1) V. pág. 237.

(2) *R. A.*, pág. 775.

(3) *Schöffe* (regidor, jurado), *scabinus* segun GRIMM, *R. A.*, 775, de *scapan, ordinare, decernere*, ó *scaphan, creare (schaffen*, en al., producir) y el derivado *scephjan, haurire (schöpfen*, en al., agotar). —Otros, incluso recientemente LEO, *Hist. del p. al. (G. d. d. V.)*, 524, han derivado con notorio error *scabinus*, del latin *scamnum (eschame*, en francés antiguo), banco, y de aquí "banco de justicia."

dios de prueba eran, en primer lugar, el propio testimonio, fortificado por el juramento; frecuentemente lo apoyaban (como tambien se hacia en el procedimiento criminal) los fiadores que no afirmaban el hecho mismo, mas tan solo que la parte á que asistian era incapaz de cometer perjurio; y además de él, se admitian el juicio de Dios, el duelo y otras formas. Tenian tambien gran importancia los documentos, estando asimismo la prueba testifical muy en uso (1). La sentencia era asunto puramente de los jueces *(Urtheilsfinder)*, no del conde ó su representante, que se limitaban á dirigir el procedimiento. Desde los más remotos tiempos, parece haberse admitido apelar del fallo, por ejemplo, al conde mismo, así como reclamar contra la denegacion de sentencia; posteriormente, cada parte, cada jurado, y hasta un tercero, podían, en interés de una de las partes, impugnar *(schelten)* el juicio y llevar el asunto ante un juez superior (2).

Conservóse invariable, en lo más importante, esta organizacion judicial, aun despues de destruida la constitucion cantonal y de la desmembracion de los cortejos, hasta el siglo XV, en el cual el derecho canónico y el romano introdujeron una modificacion fundamental. Ya, el desarrollo de la jurisdiccion eclesiástica, que conocia tambien de muchos negocios civiles (3), habia iniciado otro procedimiento, escrito y secreto, con los medios de prueba principalmente del derecho romano; y estas novedades fueron imitadas desde el siglo XV por los tribunales seculares. Formóse entonces tambien, al lado del procedimiento ordinario y segun el mo-

(1) Sobre el antiguo sistema germ. de pruebas, hay muy diversas opiniones. V. WALTER, §. 632. El último trabajo de mérito es el de SACHSE, *El procedimiento de las pruebas segun el der. alem.* etc. *(Das Beweisverfahren nach deutschem Rechte u. s. w.)*, 1855.

(2) *Espejo de Sajonia*, II, 12.

(3) Pág. 330

delo del romano y canónico, otro más sumario; debiendo reputarse como saludables consecuencias que, en general, recibiese el procedimiento reglas más científicas, desapareciesen los juicios de Dios con el uso consiguiente del duelo y se limitase el juramento como medio probatorio, viniendo á aplicarse el juramento romano con sus prescripciones; no así la destruccion de la publicidad y el abuso del procedimiento escrito, que fueron graves males.

La base del procedimiento civil comun en la Alemania moderna es la última decision de la Dieta *(Reichsabschied, récés de l'empire)* de 1654, que abolió en general el procedimiento articulado é introdujo el principio capital del nuevo procedimiento: la *máxima eventual.* En algunos países, en Baviera, por el *Codex juris judiciarii* (1753), en Austria por la ordenanza judicial de 1781, en Prusia por la de 1793, se modificó el procedimiento comun de diversas maneras. Desde el regreso de Francia á las formas germánicas del juicio público y (principalmente) oral, merced al *Code de procédure* de 1806, se han reclamado muchas veces en Alemania análogas reformas, introducidas al cabo en algunos Estados, despues de 1848, con otras mejoras en el procedimiento mismo.

§. 7.—Derecho y procedimiento penales (1).

En el desarrollo del derecho penal germánico, se revela el proceso desde una concepcion de la pena, como principalmente jurídico-privada, á pública; desde una penalidad más bien material y exterior, dirigida contra los bienes, á otra, aplicada ante todo á la persona; en hacer resaltar más exac-

(1) La obra principal es la de WILDA, *Der. penal de los germanos (das Strafrecht der Germanen,* 1842).—Comp. EICHHORN en los diversos períodos; ZÖPFL, II, 2, p. 398, etc.; WALTER, §. 659, etc.

tamente el elemento subjetivo del delito, así como el objetivo, en la distincion del delito perfecto (1), la tentativa, etc.; en la informacion orgánica de tribunales penales, desde la antigua justicia, administrada por el todo social; en la modificacion del procedimiento de prueba, en muchos extremos rudo y mezclado de supersticiones religiosas ó adecuado á circunstancias que ya no existian; en la transicion desde el tormento, peor todavia, á medios más conformes al fin. Pero hay tambien retroceso, y grave, en el abandono del procedimiento por acusacion y del juicio oral y público. El paso más decisivo en sentido reformista pertenece sólo á los tiempos modernos y se debe á la difusion, llevada á cabo por la filosofía, de ideas más humanas en esta esfera del Derecho, trasformada por completo científica y prácticamente: con lo cual, los progresos relativos al fin de la pena (sistemas penitenciarios en sus diversas clases) han dejado tras de sí á la teoría formalista, tenazmente estacionaria.

Las principales modificaciones del derecho penal se verificaron por la introduccion del Cristianismo y el incremento del poder real; por el importante cambio en las condiciones de la vida despues de la emigracion; por la jurisdiccion eclesiástica penal; la adopcion del procedimiento romano-canónico y del inquisitorial; por la ordenanza de Cárlos V, y últimamente por el influjo, ya mencionado y siempre en aumento, de la filosofía.

Antes de la emigracion, la pena muestra (como entre los romanos) un carácter principalmente de derecho privado, con el sistema de las composiciones, como multa privada

(1) El llamado en nuestro derecho "delito frustrado"—*delictum perfectum*—en el cual ha hecho el delincuente todo cuanto estaba de su parte para realizar su propósito (cualquiera que sea luego el éxito que éste obtenga, por circunstancias ajenas á su voluntad); por lo cual, el delito se halla perfecto; y tan cumplido cuando se logra, como cuando no se logra.—(*N. T.*)

tambien (1). Distínguense, sin embargo, delitos contra el Estado, y éstos se castigan con pena de muerte. Todas las relaciones esenciales se ordenan jurídicamente: la misma venganza y la faida *(Fehde)*, que no son, por cierto, como algunos (Rogge) creyeron, los fundamentos del antiguo derecho penal germánico, tienen tambien sus reglas.

Despues de las emigraciones, el sistema de las composiciones sirve de base todavia á los derechos nacionales, siendo cómodo para los ricos, á causa de las mayores diferencias de las fortunas y de la considerable elevacion de las multas; pero muy duro para los pobres que, cuando no podian pagar, satisfacian con su cuerpo y aun con la vida. Las perturbaciones de la paz pública, que entonces lo eran tambien de la paz régia, son numerosas, y los delitos graves, como el robo y el asesinato, se castigan con la muerte. En las Capitulares aparece especialmente el principio del talion, absolutamente nada germánico, sino tomado del Antiguo Testamento, cuando el mejor espíritu cristiano, que en los primeros tiempos se habia expresado en la concepcion principalmente moral de la pena, se perdió por la rudeza de aquella época. Surgió entonces un derecho cruel, fundado sobre las penas corporales y de muerte y que ha alcanzado hasta los tiempos modernos: uniéndose á esto la mezcla del Cristianismo con la supersticion pagana (ordalias, mágia). El desarrollo de la jurisdiccion eclesiástica extendió más aún el derecho penal, porque no se limitaba á imponer penitencias, sino que traia ante sí ciertos casos, considerados como delitos eclesiásticos, entre ellos especialmente la heregía, castigándolos con penas crueles. En los tribunales eclesiásticos y sobre la base del romano, se formó el procedimiento penal canónico segun el principio inquisitorial dominante (2).

(1) V. pág. 247.

(2) Los prácticos italianos, cuyos escritos siguen siendo todavia

Este procedimiento penetró tambien en Alemania, con el derecho romano, produciendo grandes alteraciones. El derecho canónico ejerce en parte saludable influjo en el progreso de las ideas sobre la imputacion y ponderacion de la culpabilidad, por cuanto la Iglesia, con razon, veia en el delito la manifestacion de la mala intencion, la perversidad interna; y en parte, por el desarrollo de la idea, que ha penetrado muy poco en la práctica, de que la pena debia aspirar más bien á la correccion y purificacion del delincuente (1).—Pero tambien causó grandes perjuicios. El antiguo procedimiento por acusacion (primeramente iniciado por los acusadores privados, y luego, en la época merovingia y en los delitos más graves, instaurado de oficio tambien por el *centenarius)* se trasformó gradualmente en el procedimiento inquisitorial; y fué mayor aún la alteracion en lo relativo á la prueba. Los juicios de Dios, contra los cuales se declararon terminantemente los pontífices muchas veces—mas por mucho tiempo en vano, aun entre el clero—fueron poco á poco aboliéndose igualmente; suprimióse el duelo; se fué necesariamente desconfiando más y más en el juramento de compurgacion, á causa de las condiciones morales de la sociedad; el procedimiento «de los siete» *(Besiebnen)*, del acu-

---

en Alemania en el siglo XVI las principales fuentes del derecho criminal, son: Alb. GANDINUS († hácia 1284), *de maleficiis*; Jac. de BELLOVISU († hácia 1330), *Pract. jud.*; Angelus ARRETINUS, *de maleficiis*; 1472; Hippol. de *Marsiliis* (siglo XVI), *Pract. criminalis.* En estas obras, aparece el tormento como un medio usual. En el siglo XVI, obtuvieron gran influjo especialmente las obras de J. CLARUS († en Milan, en 1575) y la *Praxis rerum criminalium* del criminalista holandés DAMHOUDER, 1582. V. BIENER, *Datos para la hist. del procedimiento inquisitorial (Beiträge zur Gesch. des Inquisitions processes,* 1827) y MITTERMAIER, *Procedimiento penal alem.*, etcétera *(das deutsche Strafverf. u. s. w.)*, parte I, §. 16.

(1) MITTERMAIER, en el *Tratado de der. penal* de FEUERBACH, 14 ed., p. 11.

sador con los seis fiadores fué, segun las circunstancias, ora un medio demasiado difícil, ora demasiado fácil, para condenar al acusado. Y en vez de llenar la laguna que, en punto á los medios de prueba, se produjo de esta suerte, ampliando la prueba testifical y la de indicios, se apeló siguiendo el ejemplo de Italia, al tormento, que, segun el derecho romano, sólo se aplicaba á los esclavos, pero que los derechos de raza extendian tambien (1) á los siervos, *servi*, constituyendo un triste signo de la servidumbre espiritual y corporal de la época y continuando en uso por regla general; hasta que, arruinado por la filosofía (Tomasio), fué limitado por Federico II (1740) y abolido por María Teresa (1776).

La doctrina (2) edificada sobre el derecho canónico establecia cinco formas de procedimiento: por acusacion (ya privada, ya de oficio), por denuncia, por inquisicion (poco usual todavia en los tribunales civiles), por purgacion (para restablecer la buena fama *(Leumundes)*, aun en la forma des *Inzichtoder Beizichtprocesses* ?) y en virtud de malas acciones intencionales, cuyo procedimiento se introdujo como el relativo al *handhafter* ? hecho, en las faltas públicas y notorias. —Añádanse á esto los procedimientos especiales (3) en los tribunales de *Wehm* (4), que, sobre todo en Westfalia, funciona-

(1) V. *L. Sal*, t. u. 3; *L. Burg*. t. 2; *Edict. Theod*. §. 100 y *L. Visig*. VI, 1 y 2.—En los estatutos de las ciudades italianas, aparece el tormento mucho antes que en Alemania; en ésta, se presenta ya en algunas ciudades en el siglo XIV; pero en las más de las localidades no se introduce hasta el XVI.—V. MITTERMAIER, *o. c.* §. 15. El derecho canónico no fué en un principio favorable al tormento. BIENER, *o. c.* p. 74.

(2) En Ulrico TENGLER, *Espejo de legos (Laienspiegel)*, parte III; V. WALTER, p. 718.

(3) V. WÄCHTER, *Datos para la hist. alem. y especialmente para la del der. penal alem. (Beiträge zur d. Gesch. insbes. zur G. d. d. Strafr.*, 1845.)

(4) Tribunal de orígen no bien conocido, que inspiraba un terror

ron públicamente hasta el siglo XIV, y despues en secreto, en una situacion peculiar, como tribunales imperiales, independientes de los señores territoriales; y por último, el indeleble oprobio de los procesos por hechicería, en que se dictaba al principio una pena arbitraria, y luego (hácia 1230) la de la hoguera, decretada tambien por entonces contra los heterodoxos.

La diversidad y conflicto de las fuentes de derecho y de los tribunales, y especialmente la confusion en lo tocante á la prueba, trajeron á tan funesta situacion la administracion de justicia, que los Estados generales apremiaron para que se le pusiese remedio. Las legislaciones de algunos territorios tomaron la iniciativa. Especial importancia tuvo la *Constitucion criminal para el obispado de Bamberg* (1), por Juan de Schwarzenberg (1507), que sirvió de base á la de Cárlos V (1532), llamada *Carolina* (2).

A pesar de sus crueldades, fué esta *Carolina* un progreso, en comparacion con el derecho penal, tal como lo habian dejado la rudeza, la supersticion y el fanatismo; pero, no habiendo sido declarada ley, no obtuvo de los jurisconsultos el respeto que merecia (3). Esta constitucion intentaba armoni-

---

misterioso: cuerpo que contaba en la época de su mayor prosperidad más de cien mil iniciados, ninguno de los cuales rompió el secreto de sus deliberaciones; que temieron los pueblos, las ciudades y los emperadores, y que ha llegado casi á nuestros dias reducido á la forma de una asociacion secreta.—(A.)

(1) *Peinliche Halsgericht und Ordnung Rechtens, für das Bisthum Bamberg.*

(2) Zöpfl, *Ordenanza penal de C. V. con la del tribunal de Bamberg y Brandeburgo (die Gerichtsordn. K. V. mit der Bamberger und Brandenburger-Hals G. O.)* 1832; y *El antiguo der. bambergués, como fuente de la const. Carolina (das alte Bambergerrecht als Quelle der Carolina)*, 1839.

(3) Advierte Wächter que fué ideada cuando ya no respondia á las costumbres, y refundida del mejor modo, cuando se pensaba en abolirla: prueba de cuán pocas veces los juristas positivos entienden las condiciones de la vida y las épocas.

zar el derecho penal germánico y el romano. Aparece esta esfera jurídica con su carácter público; deséchase el sistema de la composicion, y el procedimiento por acusacion sirve todavia de base, aunque reemplazado casi completamente en las disposiciones secundarias por el procedimiento inquisitorial; los delitos se juzgan, sobre todo, desde un punto de vista objetivo, por lo cual, se pena la tentativa más gravemente que el delito perfecto; más al autor, que al cómplice; y si se mantiene aún el tormento, se limita su uso y no se considera ya en sí mismo como medio de prueba (1).

La voz de la razon y de la humanidad, condenando especialmente los procesos por hechicería y la tortura, se dejó oir, por vez primera, en Tomasio y en algunos otros pensadores inspirados de análogos sentimientos. Pero sólo en la segunda mitad del siglo XVIII, á consecuencia de las obras de Beccaria, se produjo una tendencia reformista más humanitaria en la legislacion y la práctica; y únicamente desde Kant recibió la ciencia penal vigoroso impulso de la filosofía. En la nueva época, iniciada en particular y no con entero acierto por Feuerbach (desde 1799), se han indagado con mayor profundidad filosófica y psicológica, ante todo, el fin de la pena, su criterio, la distincion de las acciones punibles en delitos y faltas, el *dolus* y la *culpa*, la tentativa y el delito perfecto, los conceptos de autor y de otros grados de participacion en los delitos; determinando más rigurosamente las diversas clases de éstos y de las faltas.—Los legisladores modernos utilizaron en gran modo los frutos de la nueva ciencia. Reformóse tambien al cabo el procedimiento criminal, en grado importante: despues de larga lucha, venció

(1) Véase, para la historia del derecho penal aleman, la obra de Du Boys: *Historia del derecho criminal en los pueblos modernos* (fr.), y la de Loiseleur: *Los crímenes y las penas en la antigüedad y en los tiempos modernos* (fr.), París, 1863.—(A.)

la antigua doctrina germánica de la acusacion y se reconoció en principio la superioridad del juicio oral y público, aunque la institucion del jurado sólo en algunos Estados se introdujo.—Pero la ciencia jurídico-penal, impulsada por la filosofía moderna, tomó en Alemania un carácter demasiado formalista y abstracto que, si es cierto contribuyó á definir con mayor exactitud lógica ideas y distinciones é hizo resaltar, merced á una psicología más severa, muchos elementos interesantes para el derecho penal, su modo, enteramente parcial, de concebir la relacion entre éste y la moralidad, modo sólo propio para separar y hallar diferencias, opuso un obstáculo á la no ménos importante referencia de la pena á un fin ético. Y si Kant, merced á ese divorcio, caminó en falso, llegando á reputar fin de la pena el talion, tomado de los más ínfimos grados de cultura y justificado por su principio de la igualdad formal, tampoco la gran masa de teorías expuestas sobre este punto—con cortas excepciones—así relativas como absolutas ó más bien, completamente abstractas, ha abandonado la ilusion de que es posible en la pena lo que no lo es al juzgar el delito, á saber: separar la moral del Derecho; la voluntad jurídica, de la ética; el órden jurídico, del órden moral de la vida en el delincuente y en la sociedad (1).

(1) Vuelve aquí el autor á la teoría corriente sobre que lo interno toca á lo moral y lo externo al Derecho, sobre lo cual ya se ha hablado en otros lugares. Pero si el derecho penal ha de penetrar necesariamente en el espíritu y ánimo del reo, para calificar su hecho punible, no es por la imposibilidad de separar lo moral y lo jurídico (lo cual pareceria indicar que aquí se confunden é identifican ambas esferas, perdiendo su propia sustantividad y siendo ya imposible distinguir lo que á una y otra corresponde); sino porque el derecho alcanza tambien al interior del hombre. En general, sobre este punto de la significacion de lo interior y ético en el Derecho, reinan dos corrientes: *a)* la kantiana, que divorcia, más ó ménos absolutamente, lo ético de lo jurídico; *b)* la que con Hegel, Stahl, Taparelli, Trendelenburg, etc., as-

De una direccion jurídica tan defectuosa, no podia resultar mejora esencial alguna para la práctica. El movimiento vino de un pueblo, cuyo general progreso habia conservado el verdadero sentido cristiano y moral con mayor vitalidad en las instituciones. Las bases del sistema correccional (1),

---

pira á concertar ambos principios. Pero una y otra tendencia tienen de comun el considerar *interno* y *externo* como respectivamente equivalentes á *moral* y *jurídico*, y el proclamar que todo derecho es coercible y social; la divergencia estriba en querer, los unos, que ambos órdenes se separen; los otros, que se mezclen é identifiquen, más ó ménos íntimamente. Mientras subsista esta base comun (á que Ahrens se inclina aquí), el concierto entre ambas tendencias es imposible, ó por mejor decir, es imposible otro concierto que el que esa unidad comun supone. La tendencia naturalista alega que si, todo derecho es coercible, hay que sustraer á su imperio la vida interior del espíritu (y aun mucha parte de la exterior), so pena de renunciar á toda independencia y libertad externas; la otra, que semejante exclusion es imposible, pues no cabe prescindir jamás, v. gr., de la intencion en el testamento, el contrato, el delito, la interpretacion, etc., etc. Y como ambas tienen razon, al cabo tienen que atenuar el rigor de sus principios, diluirlos con los contrarios en un eclectismo incoloro, y venir á parar á consecuencias prácticas muy análogas (á veces, idénticas) á las de sus adversarios. Las tendencias mediadoras que pretenden armonizar ambas direcciones (v. gr., Ahrens), son ociosas: harto se concilian ellas por sí mismas (generalmente á su pesar) en esas consecuencias. La verdadera conciliacion supone otros puntos de vista diversos: tales como el valor ético del derecho, *por sí*, independientemente de la moralidad; la limitada accion del Estado (social público), cuya esfera *de ningun modo* coincide con la de aquel, sino que le es interior y de menor rádio, por tanto; la verdadera distincion de la moralidad y el derecho, que no equivale á la usual de los actos en morales y jurídicos, toda vez que *unos mismos actos* son morales (en un respecto) y jurídicos (en otro), etc., etc. Todo lo que tarden estos principios en abrirse camino, tardará la regeneracion de la Filosofia del Derecho, cuyas actuales tendencias se ven combatidas con harta razon por las teorías positivistas, que por otra parte tampoco valen más que ellas.—(*N. T.*)

(1) La correccion no expresa, con todo, completamente el fin de la pena, sino tan sólo uno de sus aspectos esenciales; antes bien, ese fin estriba en el restablecimiento del estado moral y jurídico de todas

ético-jurídico, se pusieron en América, al establecer el *sistema penitenciario* (1), único que corresponde á las exigencias del verdadero espíritu humanitario y cristiano. Este sistema penitenciario, en sus diversas formas (2), aplicado, aunque no de un modo perfecto, en Norte-América, Suiza, Bélgica (3), Inglaterra, algunos Estados alemanes (en Ba-

---

las relaciones perturbadas tambien moral y jurídicamente: tanto, pues, por respecto al Estado y su órden, cuanto al infractor y al lesionado (indemnizacion): V. Röder, *Fundamento jurídico de la pena correccional (Zur Rechtsbegründung der Besserungsstrafe)*, 1846, y mi *Fil. del D.*, p. 421, etc.

(1) En la pequeña ciudad de Auburn, en el Estado de Nueva-York, se levantó la primera penitenciaría.

(2) Sus dos formas principales son: el sistema de Auburn, con la separacion de los penados durante la noche y el trabajo en comun y en silencio durante el dia; el otro, el sistema de Pensilvania, con completa separacion de dia y de noche (pero con la visita regular de ciertas personas que pueden influir moralmente); y el pensilvaniano reformado de Pentonville (Inglaterra, en las cercanías de Lóndres). Sobre el sistema penitenciario, V. los escritores citados por Mittermaier en el *Tratado de* Feuerbach, §. 149, y especialmente Beaumont y Tocqueville, *Du syst. pénit.*, 1833, trad. al alem. por Julius; la última *Estadística moral de Norte-América (Nord-America's sittliche Zustände)*, 2 vol., 1839; Ducpétiaux, *Des progrés de la réforme pénit.*, Bruselas, 3 vol., 1838; y *Mémoire sur les prisons*, 1845; *Sobre la pena y las instituciones penales (über Strafe und Strafanstalten)* del príncipe Oscar (hoy rey) de Suecia, 1841; De Würth, *Últimos progresos de las prisiones*, etc., *(die neuesten Fortschritte des Gefängnisswesens u. s. w.)*, Viena, 1844.

(3) En España se hallan en lamentable retraso los estudios relativos al sistema penitenciario y su planteamiento, sin embargo de que no faltan escritores que procuran ilustrar esta vital é importantísima cuestion.—Entre ellos merecen citarse los señores Guerola, Montesinos, Lastres, Armengol y Cornet y doña Concepion Arenal. Esta señora ha publicado numerosas obras: *Cartas á los delincuentes*; *Exámen de las bases aprobadas por las Córtes para la reforma de las prisiones*, 1869; *Las Colonias penales de la Australia y la pena de deportacion*, premiada por la Academia de Ciencias morales y políticas, en el concurso de 1875; *Estudios penitenciarios*; *La cárcel llamada modelo*; etc. En todas sus obras la señora Arenal parece inclinarse al sistema irlandés de Crofton; sus trabajos han producido

den, hoy tambien en Prusia), no es un sistema sentimental, como la ignorancia á veces ha soñado, sino rigurosamente moral, establecido en formas jurídicas; y debe considerarse como el último término del derecho penal que la ciencia ha de tener en cuenta, por de pronto, reconociéndolo luego como su verdadero principio director.

---

profunda sensacion y han sido objeto de calurosos aplausos en el reciente Congreso penitenciario de Estocolmo, á que han asistido, en nombre de España, los Sres. Lastres, Armengol y Carreras. Wines, su presidente, dedica á la ilustre escritora su libro *Proceedings of the National Congress kept at New York*, 1876, y el criminalista aleman Röder, ha dicho de los *Sistemas penitenciarios*, en una carta: "je ne connais pas, dans toute la littérature pénale d'Europe, un livre qui lui soit semblable". Además, se han traducido al español diferentes obras del citado prof. Röder; entre ellas, el folleto *¿Debe ser la pena un mal?* y una série de monografías penales, reunidas bajo el título de *Estudios sobre derecho penal y sistemas penitenciarios*, por D. Vicente Romero Giron; así como las *Doctrinas fundamentales reinantes sobre el Delito y la Pena* y la memoria sobre la *Reforma del sistema penal español*, reunidos ambos trabajos en un tomo, por F. Giner.

En el terreno oficial se vienen realizando por el Gobierno algunas gestiones que, hasta ahora, no han producido resultado.—Durante el ministerio de D. N. Salmeron en Gracia y Justicia (1873), se consignó en el presupuesto una importante suma con destino á una penitenciaría; se nombraron comisiones para preparar el establecimiento del régimen penitenciario, de que formaban parte, entre otras personas, doña Concepcion Arenal, los Sres. Ruiz de Quevedo (D. Manuel), Castro (D. Fernando y D. Federico), Guerola, Silvela (D. Luis), Torres Aguilar y Azcárate (D. Gumersindo), que dejaron terminado un proyecto de ley de prisiones y otros muchos trabajos de que dá noticia el Sr. Romero Giron en sus *Estudios*.—Posteriormente se ha publicado la ley para la construccion de la *cárcel modelo*, cuyas obras, aunque comenzadas, distan mucho de marchar con la actividad que prometiera el Gobierno. Los graves defectos de que adolece el proyecto han sido demostrados por doña Concepcion Arenal en su citado folleto acerca de esta cárcel. Finalmente, se hallan paralizadas por completo las obras de la *prision correccional para delincuentes jóvenes*, á expensas de los particulares y corporaciones, comenzadas con un ardor de que debia esperarse mayor éxito, gracias á la iniciativa de D. Francisco Lastres.—(*N. T.*)

TÍTULO SEGUNDO.

DERECHO DE LOS PUEBLOS GERMÁNICOS, PERO NO ALEMANES, Ó QUE CONTIENEN ELEMENTOS DE RAZA GERMÁNICA (1).

De estos pueblos, parte, como el inglés y los del Norte, libres del influjo del derecho romano, viven segun el germánico, en su mayor pureza y pueden servir principalmente para la indagacion histórica de la idea fundamental de sus instituciones; parte, han sufrido ese influjo, ya en su génesis, ya de un modo complementario, como el flamenco, holandés, francés é italiano, son de utilidad para comparar desarrollos análogos.

I.—*Derecho de los pueblos germánicos, no-alemanes.*

A. *Derecho escandinavo.*—En los derechos de los tres reinos, danés, sueco-noruego é islándico, se revela una gran concordancia. En estos países, el derecho se conservaba en la memoria de hombres peritos en la materia *(Lag-*

(1) V. las abundantes indicaciones bibliográficas en MITTEMAIER, *Principios del der. priv. comun alem. (Grundsätze des gem. deut. P. R.)*, 7.ª ed., 1847, §. 43; MAURENBRECHER, *Der. priv. al. (D. P. R.)*, 2.ª ed., 1840, §§. 102-110; además de ZÖPFL, *o. c.*, II, 1, p. 160-176 y de WARNKÖNIG, *Encicl.*, en diversos lugares.

man) y elegidos por el pueblo: de ellos proceden las primeras compilaciones escritas, que pronto los reyes confirmaron en concepto de códigos y que pertenecen á los monumentos más importantes del antiguo derecho germánico.

1. El más afin á éste es el *danés* (1), al cual pertenecen el *Canuti magni jus aulicum* de 1036, el libro jurídico de Schoonen (hácia 1165, ó quizá despues), el derecho de Zelandia, de 1170, sancionado nuevamente bajo Erich Menved († 1319) y el *jütische Lov* de 1241, en parte, vigente tambien en el Schleswig. El nuevo Código dinamarqués *(danske Lov)*, de Cristiano V (1683), tiene escaso valor para el derecho aleman.

2. El antiguo derecho *sueco* está contenido en el *Westgothalag* (llamado tambien *Lumbslag)*, cuyo texto fué revisado entre 1160 y 1190 y que fué en parte la fuente del *Ostgothalag*, del siglo XIII; el *Uplandslag*, confirmado en 1296 (2) y el *Gutalag*, de principios del siglo XI, para la isla de Gothland.

---

(1) Sobre esto, V. KOLDERUP-ROSENVINGE, *Compendio de la hist. del der. danés (Grundriss der dänischen Rechtsgesch)*, 1821, trad. al alem. por HORMEYER (1825); la segunda ed. danesa de 1834 no ha sido traducida.

(2) Los Códigos primitivos suecos forman dos clases: los de los godos y los de los suecos. A la primera, pertenecen los de la Ostrogothia, de la Westgothia, de la isla de Gothland y aun puede comprenderse el de Scania. Los suecos, propiamente dichos, son los de Uplandia, Sudermania, Dalecarlia, Westmannia, Helsingue y el Código municipal de Birka ó Biorka. Todos estos Códigos son anteriores á la segunda mitad del siglo XIII, y comprenden todo el derecho civil, eclesiástico, administrativo, político y procesal. Se acordó la redaccion de un Código general, en 1347, que no se promulgó hasta 1442, en tiempo del rey Cristóbal. Pero este Código, conocido por el nombre de *Lands Lagh*, sólo tenia autoridad en los campos; en las ciudades, regia el *Stads Lagh*, redactado en aquella misma época; impresos, el primero, en 1608, en tiempos de Cárlos IX; y el segundo, en 1618, en tiempo de Gustavo Adolfo. Reinando Cárlos XI, se comenzaron los trabajos de unificacion, que no terminaron hasta 1736,

3. El derecho noruego contiene el *Gulathing-lov* (1), *seu jus commune Norwegicum*: su última redaccion es de 1267, bajo el rey Magno, llamado *Lagabätir*, el reformador de la ley (2).

4. El derecho de la isla de *Islandia* (poblada por los normandos á fines del siglo IX), rama del noruego, se propagó durante largo tiempo por tradicion y se escribió (en 1118) por impulso de un jurista, Haflid, por donde fué llamado *Haflid Skra* (de *Schranne* (recinto), esto es: *forum judicum)*. Desde el siglo XVII, se le dió el nombre (islandés) de *Gragas*, es decir, el *Ganso viejo (graue Gans)*, á causa de su grande antigüedad. Despues de sometida Islandia á Noruega (1216), introdujo al cabo el rey Hakon el rigoroso *Hakonsbok*, y su hijo Magno, el *Jonbok*, vigente desde entonces. El *Gragas* (3) se distingue por su redaccion y su extension, hasta el punto de que sólo la *Lex Visigothorum* (4) puede comparársele.

---

en que se publicó el Código que actualmente rige, y que conserva con gran pureza las instituciones tradicionales de Suecia.

En 1864, se ha publicado un Código penal.—(A.)

(1) Dictado, como el *Trostething*, por el rey Hagen Adelsteen, hácia el año 540.—(A.)

(2) En Noruega, regia el Código de 1687, calcado sobre el danés de 1683, que conservó las instituciones escandinavas, siendo inútiles los esfuerzos hechos por la Universidad de Copenhague para hacer penetrar en él el derecho romano. Pero las varias modificaciones é interpretaciones de que fué objeto, dieron lugar á que en la Constitucion de 1814 se ordenara la formacion de una ley general civil y criminal. Despues de largos trabajos y proyectos, se promulgó en 1842 el Código penal. En el órden civil, se han dictado numerosas leyes particulares.—(A.)

(3) Publicado en el texto original, con la trad. latina, por J. F. Schlegel, *Gragas, i. e. Codex jur. Island. antiq.*, 1819.—V. tambien K. Maurer, *Datos para la hist. del der. del N. de Alem. (Beiträge zur Rechtsgesch. d. d. Nordens)*, 1852, entrega 1.ª: *Orígen de la raza islándica y de su constitucion (Die Entstehung des isländ. Stammes und seiner Verfassung)*.

(4) V. pág. 320.

B. *Derecho* (1) *inglés* (2).—Desde la conquista de Inglaterra, realizada por los anglo-sajones cuando se hallaba vigente un órden jurídico y político completamente germánico, las leyes anglo-sajonas (3), escritas en aleman antiguo, constituian una fuente principal (4). Despues de la conquista

(1) Una primera y preciosa exposicion ha dado G. PHILLIPS en su *Historia del reino inglés y su derecho (Englische Reichs-und Rechtsgeschichte)*, 2 vol., 1827.—Sobre la obra novísima de MITCHELL KEMBLE, *Los sajones en Inglaterra (The Saxons in England, a history* etcétera), y sobre las relaciones jurídicas anglo-sajonas en general, V. el excelente artículo de K. MAURER, en la *Ojeada crítica á la legislacion y la jurisprudencia alemanas (Kritische Überschau d. d. Gesetzg. u. Rechtsw)*; t. I.

(2) Véanse tambien: el *Ensayo histórico de la legislacion de Inglaterra desde los tiempos más antiguos hasta el siglo XII* (fr). de Spyridion Zézas, París, 1863; los célebres *Comentarios* de Blackstone, (ing.), de que se han hecho numerosos extractos, ampliaciones y adiciones; el *Código de las leyes inglesas ó digesto de los principios del derecho inglés*, expuestos segun el órden del Código Napoleon (ing.), Lóndres, 1833, libro interesante sobre todo por la notable introduccion histórica con que comienza; el *Resúmen de la legislacion inglesa en materia civil y criminal*, de Wertoley, (fr.) París, 1857; las *Instituciones judiciales, políticas y administrativas de Inglaterra* (fr.), de Franqueville, París, 1864; la *Constitucion de Inglaterra* (al.), de Fischel, traducida al francés por Ch. Vogel, París, 1864; la *Constitucion comunal de Inglaterra*, (al.) Gneist, traducida al francés por Hippert, París, 1867, y las conocidas obras sobre la Constitucion política, de De Lolme, Russel, Brougham, Hallam, Macaulay, Stulsz, Freeman, etc.—(A.)

(3) V. p. 320.

(4) En otro lugar, hemos visto las numerosas leyes *anglo-sajonas*, que se formaron en Inglaterra y que eran monumentos de las costumbres germanas en su pureza. Alfredo el Grande, dícese que formó con ellas un digesto para uso de los tribunales, muchos de los cuales fueron establecidos por él, y que se llamó *dom-boe ó liber judicialis* y más tarde *Wert-Saxon-Lage*, así como se denominó *dame-Lage* el que contenia las pocas costumbres que se introdujeron y quedaron á consecuencia de la invasion danesa, y *Mercen-Lage* la legislacion local del reino de Mucia, compuesta en parte de costumbres de los primitivos bretones. Más tarde, Eduardo el Confesor hizo un Código para

por los normandos, durante el siglo XII, se publicó un libro notable, tanto por hallarse purgado de elementos no germánicos, cuanto por ser un libro muy completo y hallarse ex-

todo el reino, calcado principalmente en el de Alfredo, es decir, en la legislacion anglo-sajona, orígen principal del sistema de máximas y costumbres no escritas del llamado *common-law*.

Luego, tiene lugar la *invasion de los normandos*, que llevan á cabo una trasformacion en las leyes de Inglaterra, sin ejemplo, por lo radical y hasta cierto punto violenta, en aquel país. La separacion de los tribunales eclesiásticos de los civiles, para congraciarse con el clero; las leyes forestales, que arrancaron al pueblo el disfrute de los bosques para convertirlos en un medio de diversion para el rey; la extension de la jurisdiccion del monarca; la institucion del *aula regis* y el procedimiento en lengua normanda; la introduccion del duelo, y sobre todo, el haber convertido casi toda la propiedad en feudal, con todas sus consecuencias, una de ellas la suposicion de que toda tierra procedia mediata ó inmediatamente de la corona, fueron las principales innovaciones llevadas á cabo. De aquí arranca todo el movimiento de reconstruccion, que ha consistido en destruir la obra de los normandos, para volver á los principios y prácticas anglo-sajonas, y que comenzaron Enrique I, el rey Estéban, Enrique II, Ricardo I y Juan Sintierra, que dió la *Magna Carta* y la *Carta forestal*; y principalmente Eduardo I, llamado el Justiniano inglés, quien confirmó á afianzar aquellas dos célebres cartas, sujetó la jurisdiccion eclesiástica, perfeccionó la organizacion de tribunales, abolió impuestos y cargas feudales ilegítimas, estableció los *recordi*, facilitó la enajenacion de los inmuebles por el estatuto *juris emptores*, facilitó el pago de las deudas cuando habia de por medio propiedad territorial, legisló sobre ésta, etc., etc.

Con Enrique VIII, la Reforma trajo naturalmente consigo la desaparicion de la jurisdiccion eclesiástica, ya muy mermada; y en el órden civil, se promulgaron en su tiempo los célebres estatutos de *Wills* y de *Uses*, tan trascendentales para la propiedad, y se hicieron, así por este rey como por sus sucesores, otras reformas; hasta que las pretensiones tiránicas de los Tudores y de los Estuardos trajeron la revolucion.

Durante ella, la abolicion de las tenencias feudales, el establecimiento de un nuevo enjuiciamiento, el acta de navegacion, el *habeas corpus*, y despues de él el *bill* de derechos; la tolerancia de cultos, la abolicion de la pena *forte et dure*, la traduccion al inglés de las leyes procesales, etc., etc., fueron las reformas principales. En nuestro

puesto en forma científica: el *Tractatus de legib. et consuetudin. regni Angliae*, atribuido al jurista inglés Glanvilla († 1190), cuyo nombre tomó por tal motivo. Pero hay que

---

tiempo, la abolicion de la esclavitud, la emancipacion de disidentes católicos y judíos, la abolicion de la prision por deudas, las reformas en materia de testamentos, las referentes á la propiedad *copyhold*, el establecimiento de una especie de registro de la propiedad, la competencia de los tribunales para declarar el divorcio, las garantías en favor de los bienes de la mujer casada, los numerosos estatutos sobre quiebras, sociedades y derecho mercantil, la creacion de los tribunales de condado, la simplificacion del procedimiento en todos ellos, lo hecho recientemente para fundirlos en *common-law* y los de *equity*, el Código criminal presentado en la legislatura de este año, las reformas electorales de 1832 y 1867, la abolicion de la Iglesia oficial en Irlanda, las leyes relativas á la propiedad en la misma, las referentes á trabajos de niños y mujeres, á las *trades-unions*, enseñanza primaria, muestran como, conservando Inglaterra restos de toda su legislacion tradicional, hasta de la primitiva bretona, ha llegado, sin formar Códigos, pero sí haciendo reformas incesantes, á consagrar, llevándolos á la práctica, casi todos los principios proclamados por el derecho moderno. Habia quedado fuera de este movimiento el derecho penal, pero la presentacion de lo que los mismos escritores ingleses han llamado *Código criminal* ha borrado la excepcion.

Téngase en cuenta que no rige la misma legislacion en todo el Reino-Unido. Escocia tiene una peculiar, más feudal en lo relativo á la propiedad, más romana en lo referente al derecho de obligaciones; las colonias conservan la suya primitiva, ó la que fué de sus antiguas metrópolis, ó tienen la inglesa, ó una propia; y hoy mismo el Parlamento inglés dicta estatutos, que alcanzan á todo el reino ó solo á una de sus partes.

El *common-law* es la *lex non scripta*; el *statuto-law*, la *lex scripta*. Aquel comprende propiamente las costumbres generales; pero, en sentido lato, las particulares de ciertas comarcas, y tambien ciertas legislaciones, la romana y la canónica, observadas por costumbre en determinados tribunales. La base del *common-law* son los *record* ó registros de decisiones, y de aquí la importancia de los *precedentes* en la legislacion inglesa.

La importante distincion entre los tribunales de *common-law* y de *equity* corresponde, hasta cierto punto, á la que hacian los romanos entre las *leges* y el *jus pretorium*; sólo que entre ellos el pretor aplicaba lo mismo éste que aquellas, mientras que en Inglaterra dá lugar á

atribuir en parte la cultura científica del autor, al conocimiento del derecho romano, que explicó en Oxford el Maestro Vacario, desde 1149 á 1170, cuya enseñanza se prohibió despues por el rey Estéban. Las obras posteriores sobre el derecho inglés se deben á Bracton y á Horne, del siglo XIII, y á Littleton, del XIV. En los últimos tiempos, W. Blackstone (*Coment. on the laws of England*, 4 vol., 1782) es la autoridad práctica. Desde el siglo XIII, nació en Inglaterra la diferencia entre el *common law* y el *statute law*, fundado en las decisiones especiales del reino.

C. Entre los *flamencos* (1), se mantuvieron largo tiempo

dos grupos de tribunales. No consiste la diferencia, como por muchos se piensa, en que los jueces de *equidad* suavicen el rigor de la ley, atiendan á su espíritu, estén más dispensados de atenerse á los precedentes, etc.; consiste en la mayor libertad en materia de pruebas, enjuiciamientos, etc. Por esto, la reforma recientísima que se ha hecho, uno de cuyos puntos más importantes ha sido la creacion de un Tribunal Supremo, ha tenido por principal objeto el caminar á la unificacion del procedimiento en el sentido del de los tribunales de *equity*, que es más sencillo y racional que el de los tribunales de *common-law*.

Por lo demás, á lo que los ingleses mostraron siempre más justa aversion fué al derecho *público* romano, resumido en el *quod principi placuit, legis habet vigorem*; pero el *privado* no puede ponerse en duda que ha contribuido mucho á la formacion del derecho inglés: pues si los antiguos legistas de derecho comun (*common lawyers*) mostraron, como dice lord Makenzie (*a*), gran aversion á la jurisprudencia romana, otros, como Bracton, tomaron muchos de sus principios de los civilistas; la corona y la Iglesia tuvieron á aquella en favor, en las Universidades se conferian grados en ambos derechos, y el sistema inglés de *equidad* y el derecho eclesiástico se han formado más ó ménos sobre el derecho romano, ya directamente, ya sirviendo como intermediario el derecho canónico.—(A.)

(*a*) En sus *Estudios de derecho romano comparado en algunos puntos con el francés, el inglés y el escocés* (ing.), traducidos al español por J. Innerarity y G. de Azcárate, Madrid, 1876. En las páginas XV y siguientes se encontrará una lista muy completa de fuentes para el estudio de las legislaciones inglesa, escocesa, francesa y romana.

(1) V. WARNKÖNIG, *Historia del Estado y derecho flamenco (Flandrische Staats-und Rechtsgeschichte)*, hasta el año 1305, 3 vol., 1835-42, y DEFACQZ, *Ancien droit belge*, 1844.

en vigor las leyes sálicas. Despues, hasta mediados del siglo XIII, predominó el derecho romano. En los Países Bajos reunidos, ó sea en Holanda, pudo el derecho germánico conservarse independiente del romano, en sus propias instituciones, á pesar de haberse aquel cultivado diligentemente por varios jurisconsultos (1).

D. El derecho *helvético* de los cantones alemanes se conservó casi completamente puro del influjo del derecho romano, y por esto mismo es de especial utilidad para la explicacion del derecho aleman. Cada canton tiene sus leyes propias (2). En los últimos tiempos, algunos de ellos han establecido nuevos códigos (3).

E. El derecho de las *provincias rusas del Báltico* (4), es

(1) En Holanda, se publicó en 1838 el Código civil, calcado sobre el de Napoleon, aunque con más independencia que la mayoría de los que lo copiaron ó imitaron. En estos momentos, se discute un Código penal, que sustituirá al vigente, tambien moderno.

En Bélgica, desde 1795, estuvieron en vigor todos los Códigos franceses, y continúan rigiendo, salvas las modificaciones que sucesivamente han ido introduciéndose.—(A.)

(2) V. la Literatura de MITTERMAIER, *o. c.*, nota 7. Merece especial mencion, BLUNTSCHLI, *Historia política y jurídica de Zurich (Staats- und Rechtsgeschichte von Zürich)*, 2 vol., 1839, que, segun observa Mittermaier, puede servir como historia jurídica de todos los cantones suizos que se rigen por el derecho aleman.

(3) Los cantones suizos pueden clasificarse en tres grupos: primero, los que conservan sus antiguos estatutos locales, que son Thurgovia, Uri, Schwitz, Unterwalden y Zug; segundo, los que no tienen Códigos, pero sí leyes sueltas y recientes sobre derecho civil, Appenzell, Glaris y Saint-Gall, y tercero, los que tienen Códigos modernos, muchos de ellos calcados sobre el de Napoleon, Ginebra, donde rige éste desde su publicacion en Francia, Vaud (1819), Berna (1824 á 1830), Lucerna (1831 á 1839), Friburgo (1834 á 1850), Tessino (1838), Soleure (1842 á 1848), Zurich (1844 á 1854), Argovia (1847 á 1855), Neuchâtel (1854 á 1855), Valais (1855), Grisones (1862 á 1863) y Schaffouse (1864 á 1865).—(A.)

(4) BUNGE ha dado á luz el primer tratado sistemático acerca de este derecho: *El derecho livonio y estonio (Das liv.-und esthländische Recht)*, 2 vol.

germánico, importado por las colonias alemanas, y comprende las leyes livonias, curlandias y estonias (1).

F. El derecho de los *sajones* de Transilvania, formados especialmente de los que emigraron de los Países Bajos (2), es en sus bases un derecho aleman (3). Tambien aquí se ha introducido, desde 29 de Mayo de 1853, el Código civil general austriaco.

II.—*Derecho germánico de los Estados latinos.*

A. *Francia* (4).—Desde 888 se rompió el vínculo externo político que existia entre esta nacion y Alemania; pero no así la comunion material de derecho. Desde el tiempo de la conquista de las Galias por los francos, se conservó la diferencia entre las provincias meridionales, donde el derecho romano habia echado profundas raíces y estuvo constantemente en vigor, y la mayor parte de las provincias se-

(1) En las provincias rusas del Báltico, hay un derecho general y hasta nueve legislaciones particulares, aplicables en determinadas circunscripciones judiciales, ó á ciertas clases de personas. Son las siguientes: 1.°, el derecho provincial *(landrecht*, consuetudinario), de Livonia; 2.°, el de Esthonia; 3.°, el de Curlandia; 4.°, el de Pilten; 5.°, el derecho urbano de Livonia; 6.°, el de Esthonia; 7.°, los de Curlandia, Mitau, Bauske, Friedrichstadt; 8.°, el de Nawa, y 9.°, los derechos privados de los campesinos. El derecho comun y los ocho particulares, provinciales ó urbanos, han sido coleccionados en 1864 en un Código civil *(Livert-und curlændisches Privatrecht)*, que comprende cuatro mil seiscientos artículos.—(A.)

(2) Un derecho municipal, *Statuta jurium municipalium Saxonum in Trasylvania*, obra redactada por Matías Tronius en el año 1583, revisada por el pueblo y aprobada por el príncipe Estéban Bathor.—(A.)

(3) V. SCHULER DE LIBLOY, *Derecho territorial propio de los sajones transilvanos (Eigen Landrecht der Siebenbürger Sachsen)*, 1853; así como la *Historia del derecho transilvano (Siebenbürgische Rechtsgeschichte)*, 1855.

(4) V. las ámplias indicaciones bibliográficas de MITTERMAIER, *o. c.*, nota 2.

tentrionales, entre las cuales estuvo en uso el derecho germánico. Esta distincion del *pays de droit écrit* y del *pays des coutumes*, se mantuvo hasta la publicacion del Código de Napoleon. Cierto es que, en esta última region, el derecho romano tuvo despues algun influjo sobre el derecho indígena consuetudinario; pero no alcanzó á igualarle en vigor práctico. A consecuencia de una ley de Cárlos VII, publicada en 1453, se escribieron las *coutumes* (derecho de la villa y del campo).—Como antiguas (1) é interesantísimas fuentes de

(1) En tiempo de los sucesores de Carlomagno y de los primeros reyes de la tercera dinastía, se hacen hereditarios los beneficios, es decir, nace el feudalismo, que llega en Francia á alcanzar un desarrollo tal, que hay momentos en que parece como borrada la monarquía. Durante esta época, se forma el *droit coutumier* ó las *coutumes*, cuyos principales monumentos son: la de la Reole (997), con el título: *Consuetudines et jura monasterii Regulæ*; los *Usatjes* de Barcelona (1064); las *Loys et coustumes du roy Guillaume* (1066); la carta de Oloron, que forma parte del fuero de Béarn; el *libro de los feudos lombardos* y las *Assisses de Jerusalem*; las cartas de emancipacion de ciudades, comunes en los XI, XII y XIII; los *Establecimientos de San Luis*, primeras *coutumes* escritas en Francia y sancionadas por la autoridad real, y que, como dice Laferrière, contenian tres gérmenes preciosos: la prohibicion de las guerras privadas y abolicion del duelo en materia civil, la sancion del derecho romano como derecho comun y la apelacion ante el rey de las sentencias dictadas por los tribunales de los señores; el *Grand Coutumier* de Cárlos VI y la *Somme Ruale* de Bontillu. Cárlos VII mandó, en 1453, redactar por escrito y revisar las *coutumes*, trabajo que duró hasta mediados del siglo XVIII, llegando el número de aquellas á sesenta, las principales, y á trescientas, si se cuentan las locales.

En la época de la monarquía, la principal fuente del derecho fueron las *Ordenanzas* de los reyes, que revelan las luchas de éstos con el poder feudal y con el teocrático, en el primer período, y que entrañan en el segundo reformas importantes, como las de Colbert sobre hipotecas, procedimiento y derecho mercantil; las de D'Aguessau sobre donaciones, testamentos y sustituciones, y las de Necker y Turgot sobre servidumbre y comercio. Al terminarse este período, resultaban frente á frente, de un lado, la tendencia romana y la germana, representadas por las provincias respectivas de *derecho escrito* y de *derecho*

derecho germánico, deben enumerarse: 1.° El libro de derecho de los Caballeros cruzados, de 1099, para el nuevo reino de Jerusalem *(Assises de Jérusalem)*, debido al influjo francés; 2.° Las *Coutumes de Normandie*, de 1270; 3.° Las *Coutumes de Bourgogne*, publicadas algo despues; 4.° Las *Coutumes de Paris*, de sumo interés para la formacion é interpretacion del Código, con el utilísimo comentario de Ferriére de 1670. Entre las ordenanzas reales, merecen atencion especial los *Établissements de Saint Louis*, cuya última edicion ha publicado Beugnot en 1822.

B. *Italia* (1).—En la Italia superior, estaba confundido

---

coutumier y por las dos escuelas correspondientes, cuyos fundadores fueron los célebres Cujas y Dumoulins; y de otro, las ideas y sentimientos reinantes en la sociedad, que pedian la libertad en el órden político y la igualdad en el civil, y las instituciones y derecho existentes que mantenian en aquel el absolutismo, en éste el privilegio.

A resolver esta antítesis, viene la revolucion, que, inspirándose en un espíritu reformista en el período de la Constituyente, demoledor en el de la Convencion y reorganizador en el del Consulado y del Imperio, concluye con la publicacion del Código de procedimiento civil, en 1806; del de instruccion criminal, en 1808; del penal, en 1810; del de comercio, en 1807, y del *Código Napoleon*, que significa la transaccion entre el derecho romano y el *coutumier*, entre el derecho tradicional y el revolucionario ó *intermedio*.

Véanse: el libro de Bernardi: *Orígen y progresos de la legislacion francesa* (fr.); el de Michelet: *Orígenes del derecho francés, estudiados en los símbolos y fórmulas del derecho universal* (fr.); el *Ensayo sobre la historia del derecho francés de la Edad Media* (fr.), de Giraud; las dos obras citadas más arriba acerca del influjo del feudalismo y del derecho canónico en la legislacion francesa de D'Espinas; el *Resúmen histórico del derecho francés* (fr.), de Julio Minier; la *Historia del derecho francés* y el *Ensayo* sobre la misma de Laferrière (fr.): los resúmenes históricos del *Repertorio de Jurisprudencia general*, de Dalloz (fr.); y puede verse, por último, la *Enciclopedia jurídica* de Eschbach (fr.), donde se encuentran todas las fuentes del derecho francés, las escuelas jurídicas, etc., etc.—(A.)

(1) Para la bibliografía, V. MITTERMAIER, nota 4.ª. Tambien se pronuncia en Italia un vigoroso movimiento en el estudio de la historia del derecho. Entre los escritores que se dedican á esta materia, se

desde el principio el derecho germánico con el romano, como se observa en las *Leges Longobardicae* (1). Sin embargo, merecen señalarse en relacion aquel derecho, las *Constitutiones regni Siciliae*, publicadas por Federico II con el intento de reanimar el decaido estado jurídico, y en las cuales se hace referencia al derecho lombardo y al romano, como fuentes subsidiarias. No puede desconocerse la influencia romana en esta coleccion, mas sin perder el carácter de un libro de derecho germánico, cuyos elementos se encuentran en la poblacion normando-francesa emigrada (2).

---

distinguen particularmente el conde SCLOPIS, *Storia dell'antica legislazione del Piemonte*, Turin, 1833, y tambien *Storia della legislazione italiana*, 2 vol., 1844; Gregorio ROSA (sobre Sicilia); CIBRARIO (sobre Saboya); TROYA, TORTI, BONNINI, FILIPPINI, ALBINI, LAFARINA, ZOBI, etc.

(1) V. p. 460.

(2) En Italia, se desenvuelve el feudalismo en Lombardía *(Libro de los feudos, lex lombarda)*, en el Piamonte, y en Nápoles y Sicilia; pero con distinto carácter, segun la relacion que tenian estas comarcas con otros países feudales. Las Universidades y escuelas de legistas producen el renacimiento del derecho romano; la legislacion canónica influye naturalmente en la vida jurídica toda; la municipal tiene allí una singular importancia, representada en los *estatutos* de las ciudades, mezcla de derecho romano, derecho feudal y costumbres nacionales; la marítima y comercial la revelan los *Ordinamenta et consuetudo maris* de Trani (1063), las *Capitulares nauticum* de los venecianos (1255) y el *officium Gazariae* (1344); así como la política las *Constituciones de Sicilia* (1232), la *Carta de Logn*, de Leonor (1395), los *Decretos* de Amadeo VII (1430) y los de los señores y duques de Milan (1343 á 1385).

En los siglos XVI, XVII y XVIII, la influencia de la dominacion extranjera se hace sentir en la legislacion de Cerdeña, Lombardía, Piamonte, Nápoles y Sicilia; la de la Iglesia, en las reformas del Concilio de Trento y en las llevadas á cabo por Sixto V y por Benedicto XIV; y el movimiento reformista del siglo pasado en las innovaciones llevadas á cabo por Víctor Amadeo II, Cárlos III y Leopoldo de Toscana.

En el siglo actual, deben distinguirse dos períodos. En el primero, que corre desde la revolucion francesa hasta la unidad italiana, se

C. *España* (1).—La *Lex Visigoth.* y su derivado *Fuero Juzgo* formaban la base del derecho; pero bien pronto las ciudades y villas obtuvieron sus especiales estatutos ó *fueros* (Leon, ya en 1020). Bajo Alfonso X, se publicaron las *Leyes de las Siete Partidas*, en las cuales el derecho romano se halla muy mezclado con el germánico (2) y con el antiguo derecho consuetudinario español. Estas leyes, bastante completas, tienen todavia valor práctico en España. Establecen tambien el llamado principio de la sucesion cognaticia para

---

introducen en unas comarcas los Códigos franceses, se publican en las demás otros calcados en aquellos, y se emprenden reformas más ó ménos radicales, segun la organizacion política de cada país. En el segundo, esto es, desde la unidad, se han ido publicando Códigos para toda Italia. El civil, que es una copia del de Napoleon, rige desde 1865; el penal ha sido presentado este año (1878) á las Cámaras para su aprobacion. Véase la *Historia de la legislacion italiana* (it.), de Sclopis, Turin, 1863-64.—(A.)

(1) V. la bibliografía indicada por MITERMAIER, *o. c.*, nota 8. Para la historia del derecho español, son recomendables en los últimos tiempos: TEJADA, NAVARRO ZAMORANO, SEMPERE, ORTIZ DE ZÁRATE, ANTEQUERA, etc.

(2) Las *Partidas* contienen escasos principios de derecho germánico. Para la redaccion de este Código, solo se tuvo presente el derecho romanó, hasta tal punto, que el libro de los Feudos, en que Gerardo Niger y Oberto de Orto, cónsules de Milan, consignaron por autoridad privada el derecho consuetudinario relativo á aquella institucion, y agregado al *Corpus juris* por el jurisconsulto Hugolino, se inserta tambien, aunque modificado, en las Partidas (4.ª, títulos XXV y XXVI). Tal es el único elemento germánico que contiene, el cual, como puede advertirse, dista mucho de estar confundido con los demás.—"El haber seguido casi exclusivamente el derecho romano" es uno de los defectos que en aquel Código reconoce Laserna (*Reseña histórica de la Legislacion española*), al paso que Jovellanos (*Discurso de recepcion de la Academia de la Historia*) piensa que "las *Partidas*... introdujeron en España los mejores principios de la equidad y justicia natural y ayudaron á templar la rudeza de la antigua legislacion y de las antiguas ideas y costumbres." Pero, prescindiendo de la cuestion de si fué ó no conveniente seguir de un modo tan exclusivo los principios jurídicos romanos, siempre resultará evi-

la provision de la Corona, por la que se rige todavia la Monarquia. En 1851, se publicó el proyecto de un nuevo Código civil (1).

dente que en las Partidas no se confundieron éstos y los germánicos. —Por el contrario, con la publicacion del *Fuero Real*, compuesto solo de los segundos, se advierte en Alonso X una marcada tendencia á separar los derechos de ambas procedencias, separacion que proporcionó á Castilla y á los demás reinos antiguos de España que adoptaron su legislacion, un derecho civil verdaderamente nacional y propio, que se halla consignado en las *Leyes de Toro*, publicadas para deshacer, en armonía con la índole de este pueblo, la contradiccion que la diversidad de preceptos producia.—No ha decidido aún la crítica histórico-jurídica si las Partidas fueron en su principio un Código ó una obra doctrinal. Las dudas solo pueden referirse á la época que media desde su aparicion (hácia 1265) hasta la publicacion del *Ordenamiento de Alcalá* (1348), cuya ley 1.ª, tít. XXVIII les presta vigor, aunque supletorio, mandando que "las contiendas que no se pudieran librar por las leyes deste nuestro libro y por los dichos fueros... que se libren por las leyes de las *Siete Partidas*..." Desde esta época el Código de que se trata ha sido el supletorio de la legislacion civil general de España.—(*N. T.*)

(1) En España, el feudalismo alcanza un desarrollo muy distinto segun las comarcas, pero existió en todas ellas; la rica legislacion *Foral* se desenvuelve desde el comienzo de la reconquista; el influjo del derecho romano y del canónico se muestra en el Código de las *Siete Partidas*, que arrolló al derecho nacional; la necesidad de las reformas y de poner en órden la legislacion, en el célebre *Ordenamiento de Alcalá*, y más tarde en la publicacion de las *Ordenanzas Reales de Castilla*, de las *Leyes de Toro*, de la *Nueva Recopilacion* y de la *Novísima*; la lucha con el poder eclesiástico, en el *Memorial* de Chumacero y Pimentel, el dictámen de Solís y el *Pedimento* de Macanaz; el espíritu innovador, en las reformas llevadas á cabo en tiempo de Cárlos III; y la obra de la revolucion, en las leyes de abolicion de señoríos, desvinculacion, desamortizacion, sucesion intestada, hipotecaria, matrimonio y registro civil, Código de comercio, leyes sobre sociedades, Código penal, ley de enjuiciamiento civil, de organizacion del poder judicial, constituciones políticas, etc.; pero no habiéndose publicado un Código civil, continúa vigente, en lo que no ha sido modificado ó derogado por estas leyes, la legislacion foral de Cataluña, Aragon, Navarra, Vizcaya y Mallorca.—(A.)

D. *Portugal* (1).—El derecho de este pueblo se enlaza con la primitiva época del derecho español, y la *Lex Visigoth.* rigió hasta el siglo XI, añadiéndose despues las leyes de Córtes, que se celebraron por primera vez en Lamego (1143). La compilacion de las leyes se comenzó más tarde bajo Juan I (1433) y se llevó á término reinando Alfonso I (1447). Para redactar este Código, se tomaron como fuentes el derecho justinianeo, las Partidas y el derecho canónico (2).

(1) V. las notas bibliográficas de MITTERMAIER, *o. c.*, nota 8. V. tambien la buena *Historia de Portugal (Geschichte von Portugal)* de SCHÄFER, 2 vol., 1839.

(2) Portugal, despues de su separacion de Castilla en el siglo XII, tiene una historia jurídica análoga á la de España. En medio de la legislacion foral *(foros nao escriptos)*, aparecen las primeras leyes generales en tiempo de Alonso II (1211) y de Alonso III (1251), introduciendo el derecho canónico y el romano, y se traducen al portugués las Siete Partidas. En 1446, se publican las *Ordenanzas alfonsinas*, especie de Código universal, que era una mezcla del decadente derecho feudal, el romano y el canónico (estos dos últimos, derecho subsidiario); en 1521, se forman las *Ordenanzas manolinas*, calcadas sobre las anteriores, con algo nuevo relativo á comercio y navegacion; en 1603, salen á luz las *Ordenanzas filipinas*, en las que se deja todavia en pié la fuerza legal que las *Alfonsinas* dieron á las glosas de Accursio y de Bartolo; y por último, una de las numerosas reformas del célebre Pombal, en el siglo pasado, consistió en modificar lo relativo al derecho subsidiario: pues sólo se admitió el romano, en cuanto conformara con el pátrio y el natural; el canónico, en los asuntos eclesiásticos; y en todo lo demás, la legislacion extranjera.

Viniendo á la época actual, el movimiento codificador ha producido en Portugal el Código de Comercio (1837), que está á punto de ser sustituido por otro en que se trabaja al presente; el de procedimiento civil y criminal (1841), el de procedimiento civil (1876), el administrativo (1842), el penal (1852), el militar (1875), numerosas é importantes leyes particulares y el Código civil de 1867, que, por lo ménos en cuanto á su forma, es el más original de todos los modernos,

Para la historia de la legislacion portuguesa, puede consultarse el *Ensayo sobre la historia del gobierno y de la legislacion de Portugal* de M. A. Coelho da Rocha (port.), libro breve, pero interesantísimo, y la obra del Sr. Labra, titulada: *Portugal y sus Códigos*, Madrid, 1877.—(A.)

APÉNDICE.

PRINCIPALES FUENTES DEL DERECHO DE LOS PUEBLOS ESLAVOS (1).

La historia jurídica de los pueblos eslavos, muy desatendida hasta el presente por los escritores jurídicos de aquella raza, ofrece, sin embargo, grande interés, no sólo por representar el derecho de un gran miembro de la estirpe indo-europea, sino por la notable semejanza que existe entre las antiguas instituciones eslavas y las primitivas alemanas.

Para conocer el antiguo derecho *ruso* (2), debe estudiarse (3) la fuente principal, por lo demás muy pobre, la *Pravda*

(1) Hasta hoy es la principal fuente del derecho de los diversos pueblos eslavos la *Historia del derecho eslavo* de MACIEIOWSKI, profesor en Varsovia, traducida del polaco al aleman por BUSS y NAWROCKI (*Slawische Rechtsgeschichte*, 4 vol., 1835-39), trabajo digno de elogio, pero que presenta, segun opinan reputados arqueólogos eslavos, muchas afirmaciones atrevidas.

(2) La obra principal es debida á EWERS, *Derecho primitivo de Rusia (Das älteste Recht der Russen)*, Dorpat, 1826; y no es ménos importante la de REUTZ, *Ensayo sobre el desarrollo histórico de las constituciones jurídicas y políticas de los rusos (Versuch über die geschichtliche Ausbildung der russischen Staats-und Rechtsverfassung)*, 2 vol., Mitau, 1829.

(3) Véanse tambien *Estudios históricos sobre la legislacion rusa antigua y moderna* (fr.), por Spyridion G. Zézas, París, 1862; y los *Elementos de derecho civil ruso* (Rusia, Polonia, Provincias Bálticas (fr.), por Ernesto Lehr, París, 1877. Y, así para esta legislacion como para las anteriormente estudiadas, véase: la *Concordancia entre los Códigos civiles extranjeros y el Código Napoleon* (fr.), por M. Antoine de Saint-Joseph, 2.ª ed., París, 1856; teniendo siempre en cuenta que con posterioridad se han publicado Códigos nuevos en varios países, como Italia, Portugal, varias repúblicas hispano-americanas y algunos cantones suizos.—(A.)

Ruska (el Código ruso) en que se consigna en 17 artículos el derecho consuetudinario, escrito en un principio para la ciudad de Novgorod,—hácia 1020—y sancionado por el Gran Duque Jaroslav (1019-1054). En este derecho se hallan varias disposiciones (el *Wergeld*, la venganza germánica) tan correspondientes á las ideas germánicas, que se ha intentado en otros tiempos buscar sus fuentes en las *Leges Barbar.*, ó, á lo ménos, (y no sin algun fundamento), en el derecho escandinavo. Bien es verdad, que así como la constitucion de la ciudad de Novgorod, aunque anterior al establecimiento de los germanos, y por más que estaba compuesta de elementos eslavos, era semejante á la de las ciudades germánicas (como en gran parte se asemeja tambien la constitucion de las aldeas eslavas con las antiguas alemanas), pudo ser tambien análogo el derecho. La dominacion de los mongoles produjo una paralizacion en este desarrollo jurídico. Sacudido aquel yugo, comenzó el duro despotismo de los señores á consecuencia del cual quedaron destruidas las antiguas franquicias de las ciudades y los campesinos fueron reducidos á la condicion de siervos de la gleba. Ivan Basiliowich III preparó en 1497 un Código *Zakony*, que revisado por Basiliowich IV, tomó el nombre de *Sudebnik*, libro de los Jueces. El czar Alejo Miguelowich hizo compilar el derecho ruso vigente. Pero el primer pensamiento de un Código ruso sistemático, que se debe á Pedro el Grande, no se realizó hasta 1833 durante el reinado del emperador Nicolás I, promulgándose en 1835. Este Código contiene en ocho libros (15 tomos) todo el derecho político y administrativo y civil y penal, así como los procedimientos respectivos (1).

(1) La *Rouskaia Pravda* (derecho ruso) contiene mucho de la legislacion escandinava, introducida por los *varegas ó varegos*, y se encuentran en este Código la venganza privada, la responsabilidad solidaria de la familia y del pueblo, el juramento y las pruebas de Dios, la preferencia del hijo menor en ciertas sucesiones, una especie

El primitivo derecho de *Polonia* (1) tiene su base en el

---

de jurado, asambleas públicas, etc. Despues de la interrupcion, producida por la dominacion de los tártaros, y que dura desde 1240 á 1462, Iwan III liberta á Rusia y publica en 1497 la *Oulogenia Zacoun* (Código de leyes), mezcla de derecho bizantino, canónico y ruso; Iwan el Terrible publica el *Sondenik* (1540 á 1584); en 1588, se crea el patriarcado; en 1592, se reduce á los campesinos á la servidumbre; poco despues, se encuentra un Tzar confirmado en una *carta de eleccion*, redactada en nombre de los Estados generales; en 1649, publica Alejo la *Sobornogie Oulogenia Zecoun* (Código general de leyes), primera coleccion que se imprime en Rusia, autorizada por el patriarca, los obispos y tres mil *boyardos* ó ciudadanos; en 1720, Pedro el Grande, con el cual entra Rusia en el concierto de los pueblos civilizados, publica el Código marítimo; en 1745, la emperatriz Isabel declara abolida la pena de muerte; en 1762, suprime Pedro III la Cancillería secreta, que era una especie de tribunal de la Inquisicion; Catalina II (1762 á 1801) suprime el tormento y dirige una notable instruccion á la Comision legislativa; en tiempo de Alejandro I (1801 á 1825), se continúan los trabajos de codificacion; y por fin, el emperador Nicolás vió realizado el pensamiento de Pedro el Grande, promulgando en 1832 una Compilacion ordenada de las leyes del Imperio ruso, que comprende treinta y cinco mil leyes, contenidas en quince volúmenes en 4.°, y que abrazan todo el derecho, excepto la legislacion militar, reunida en un Código especial, compuesto de veinte mil artículos, que se publicó en 1838. En 1842, apareció una segunda edicion, que contiene veinte mil artículos más.

Por último, la emancipacion de los siervos, llevada á cabo en 1857 en una forma y condiciones muy dignas de estudio, la abolicion del castigo brutal denominado *knut*, las numerosas reformas en derecho mercantil, la organizacion provincial y municipal, inspirada en un espíritu descentralizador, la organizacion judicial llevada á cabo en 1864, la introduccion del jurado, el Código de procedimiento civil y criminal de aquel mismo año y el Código penal de 1866, que ha venido á sustituir al que regia desde 1845, demuestran cuán de lleno ha entrado Rusia en el camino de las reformas durante el reinado del actual emperador, á quien por esto mismo, "en testimonio de respeto y admiracion," dedica el distinguido profesor de Lausana, M. Ernesto Lehr, la obra que acaba de publicar sobre derecho ruso.—(A.)

(1) La obra principal es la de LELEWEL, *El antiguo derecho civil y penal de Polonia, hasta los tiempos de los Jagellones*, en polaco y en aleman (*Ursprüngliches Civil-und Strafrecht Polens bis zu den Zeiten der Jagellonen*); Varsovia, 1828.—V. para más indicaciones, la bibliografía de MITTERMAIER, *o. c.*

mismo principio que el ruso. El Cristianismo y el derecho canónico dulcificaron las costumbres y dieron vigor al poder régio. Pero los tribunales eclesiásticos sustituyeron á los populares, dando ocasion á la decadencia del derecho nacional. Por el contrario, creció el poder y el orgullo de la nobleza. Desde 1230 fué notable el influjo del derecho germánico, especialmente del Espejo de Sajonia y del derecho de Magdeburgo, con lo cual creció la confusion jurídica y Casimiro el Grande († 1370) que estableció algun órden en el interior, fué el primero que presentó á la Dieta de Vislika, en 1347, una compilacion de leyes. Para Lithuania se publicó un Código en 1529 que despues se declaró general para todo el Reino (1).

El derecho eslavo *bohemio*, así como el *moravo* (2), necesitan nuevas y profundas indagaciones.

Entre los eslavos del Sudeste, especialmente entre los servios y los croatas que emigraron de la Rusia meridional, los servios se ofrecen como la familia más importante. El más grande de sus reyes, Estéban Duschan, publicó una ley, *Zakon y Ustav* (ley y ordenanza), que por el noble espíritu que la anima, se distingue entre todos los monumentos jurídicos de la Edad Media (3).

---

(1) La Polonia prusiana (ducado de Posen) se rige por el Código prusiano; la austriaca (Galitzia), por el austriaco; y en la rusa, ó Polonia propiamente dicha, está vigente desde 1808 el Código Napoleon, salvas las modificaciones introducidas en el régimen hipotecario (1818 y 1825), el matrimonio y la propiedad de la familia (1825 y 1836), etc.; desde 1818, tiene un Código penal; y desde 1875, rige el de procedimiento ruso de 1764.—(A.)

(2) V. MACIEIOWSKI, *o. c.*, p. 262 y 228, etc.; SAFARIK, *Antigüedades eslavas (Slavische Alterthümer)*, 1836 y MITTERMAIER, *o. c.* El derecho moravo más antiguo, especialmente la coleccion de leyes del rey Ottokar (1197-1228), se halla en la coleccion de los *Jura primaeva Moraviae*, publicada por los benedictinos en 1787.

(3) Servia tiene un Código civil, desde 1844.—(A.)

Los *húngaros* (1), cuya genealogía no se ha restablecido aún exactamente, aunque se cree que pertenecen á la familia finesa, han tenido varios reyes legisladores, desde San Estéban († 1038), el cual, á lo que parece, les dió una constitucion y legislacion semejante á la de los francos. Por lo demás, su historia jurídica y política, reclama indagaciones harto más extensas acerca de sus fuentes (2).

---

(1) V. sobre el derecho húngaro: WENZEL, *de fontis juris privati hungarici*, Pesth, 1836; VIROZSIL, *Enciclopedia (Encyc.)*, Buda, 1852, p. 170; como tambien su *Specimina juris publici Hungariae*, 1848 y 1851.

(2) La mayor parte de las antiguas leyes húngaras están compiladas en el *Corpus juris hungarici*, en cuya primera parte se encuentra el *Opus tripartitum juris consuetudinarii regni Hungariae*, con algunas ordenanzas reales que llegan hasta el año 1659; y en la segunda, los *Decreta et articuli regum et ordinum regni Hungariae partiumque eidem annexarum*, que arranca desde aquella fecha. Estéban Verbocz es el autor del *Tripartitum*, libro redactado conforme al plan de las Instituciones de Justiniano, y que llegó á tener fuerza de ley, aunque era obra de un particular. Desde 1853, rige el Código civil austriaco; y desde 1.º de Enero de 1876, uno de comercio, exclusivo de Hungria.—(A.)

CAPÍTULO FINAL.

BREVE JUICIO FILOSÓFICO-JURÍDICO DEL DERECHO GERMÁNICO Y EXPOSICION DE LAS BASES PARA UNA LEGISLACION CIVIL EN ARMONÍA CON LOS PRINCIPIOS DE AQUEL DERECHO.

§. 1.—Juicio del derecho germánico (1).

Filósofos y jurisconsultos empeñaron, en los últimos tiempos, todas sus fuerzas para resucitar el espíritu y hacer resaltar la importancia histórica del derecho romano. Poca atencion se prestó al derecho germánico, que es, sin embargo, la fiel expresion de una estirpe de pueblos que realiza la reforma del mundo antiguo, y tuvo hasta aquí una alta mision en la historia. Al adoptarse universalmente el derecho romano, quedó el aleman en la condicion de vencido; y todavia, á pesar de la importancia que se le concede en los últimos tiempos y del desarrollo que alcanza, gracias al trabajo de muchos, no ha logrado la consideracion de aquel. Pero aún se abre ante él vastísimo porvenir, en el cual no ha de quedar encerrado, como hasta aqui, en las viejas formas,

(1) Sobre las obras de C. A. Schmidt y Röder, V. p. 141 y 142. Aunque el juicio que aquí presentamos no pasa de ser un ensayo, se propone, sin embargo, el problema de deducir, del carácter fundamental del pueblo, los más principales elementos particulares del derecho y coordinarlos en un todo orgánico. En este trabajo se manifiesta desde luego la grande afinidad de la Filosofía del Derecho, fundada por Krause y adoptada tambien como punto de partida por Röder, con el derecho aleman, y cómo, del mismo modo, las ideas filosófico-jurídicas de Kant y de Fichte, y aun del mismo Hegel, se inclinan evidentemente y de preferencia al derecho romano.

sino que ha de animarse con principios más elevados y susceptibles de renovacion. El derecho romano, gracias á sus formas elaboradas y á su tecnicismo jurídico, ejerció gran fuerza de atraccion, que hasta calificaríamos de artística, en la direccion científica del derecho. Mas tan pronto como el espíritu del derecho aleman, ya muy perfeccionado, y sus principios fundamentales que responden mejor á las relaciones de la vida, se manifiesten en un concepto histórico, jurídico y filosófico más profundo y se hallen fortificados por un desenvolvimiento técnico, inmediatamente este derecho adquirirá un atractivo que se mantendrá constantemente vivo y eficaz, merced á su sentido íntimo más social, humano y ético.

El derecho germánico, espejo vivo del carácter popular aleman, debe ser explicado por la íntima naturaleza de éste. En el desenvolvimiento histórico, dicho carácter hubo de ser modificado, en parte, por influencias extranjeras; pero todavia se mantiene con la fuerza suficiente para reformar todo lo que en él existe de heterogéneo y para imponerse con nueva potencia.

El carácter del pueblo aleman, ya brevemente expuesto (1) y que es contínua manifestacion de un espíritu tan profundo como comprensivo, lleva el sello de una tendencia y concepto de la vida, que no son productos de un *entendimiento* abstracto, de descomposicion y de análisis, sino de una *razon* más elevada, que conserva la unidad y las íntimas relaciones de la vida y que, llevada por la conciencia de la libertad, condicion del honor y de la dignidad humana, á una comunidad y objetiva organizacion de las cosas, que sirve de regla y de medida, jamás ha desconocido los fines y bienes superiores de la humanidad; antes, al contrario, ha aspirado siempre á constituir la vida en un todo ar-

(1) V. pág. 221.

mónico y orgánico, mediante el íntimo enlace y mútua cooperacion de todos sus bienes, fines y esferas. Al par con esto, su profundo sentido de la individualidad de cada sér en la naturaleza, en la vida espiritual y moral y en la historia, ha traido un más exacto reconocimiento del principio *natural, moral* é *histórico* en la informacion del órden social, así como la aspiracion al mútuo complemento de los hombres en los vínculos corporativos, aspiracion favorecida por el respeto á la individualidad y causa de que se organizase la vida en asociaciones, en las cuales el verdadero principio jurídico, aquel que establece, no ya los deberes negativos, sino tambien los *positivos*, pudo imponerse como en íntima union con la moral. Mas no deben pasarse en silencio algunas debilidades y vicios en el órden jurídico y político, producidos por la variedad de carácter y de tendencias, vicios que se manifiestan muchas veces, especialmente en el abandono, en el egoismo particularista, en la falta de vigorosas y decididas resoluciones, así como en el desconocimiento de los medios y de las transiciones graduales más conducentes al fin. Que si otros pueblos alcanzaron en esferas especiales mayor perfeccion, siempre habrá de admitirse que el aleman ocupó hasta aquí, en el *conjunto* de todas ellas, el primer rango.

Consideremos ahora los elementos más importantes de ese carácter, en sus consecuencias prácticas, tales cuales se revelan en el desarrollo histórico, así como en el órden jurídico social.

I. En el *desarrollo histórico*, la variedad de aptitudes é inclinaciones del carácter de la vida alemana impidió que adquiriese predominio tendencia alguna parcial, en ninguna esfera intelectual, política ó religiosa, en grado bastante para amenazar su existencia. Cierto es que en diversos casos se acentuaron determinadas direcciones especiales, fe-

nómeno que se debe explicar y legitimar en parte atendiendo á las circunstancias y á las necesidades de la época; pero siempre los principios opuestos conservaron la fuerza suficiente para recobrar en el momento oportuno su valor.—Tres épocas principales se manifestaron hasta ahora en la historia bajo un aspecto peculiar y característico; una, determinada por el predominio de la libertad; otra, por el principio del órden y de la organizacion; la última, por el de la libertad tambien, pero luchando alternativamente por reaparecer y subsistir, principio que más de una vez hubo de traspasar sus propios límites y cuya definitiva conciliacion con el del órden se ofrece como la última y más próxima aspiracion en la ciencia y en la vida.

La época más remota que conocemos hasta las emigraciones, es aquella en que prevalecia la personalidad y la *libertad* individual, por más que en ella la concepcion del vínculo *(Ewa)* inherente al antiguo derecho germánico, se hubiese manifestado en el establecimiento de las condiciones esenciales á la vida de la comunidad y que respondian á relaciones sencillas.—La emigracion de los pueblos y la consiguiente reforma del órden de la antigua economía rural germánica; el cambio de costumbres y de instituciones; el Cristianismo y el robustecimiento del poder régio, produjeron el principio de una nueva constitucion y gobierno jurídico-político y religioso, ante el cual la primitiva libertad hubo de retroceder necesariamente.—Esforzóse la Edad Media para producir la idea superior de una *organizacion* objetiva de las relaciones sociales, organizacion en que estuviesen contenidos el Estado, la Iglesia y todas las instituciones particulares, y en la cual cada indivíduo y cada Estado hallasen de nuevo su propio lugar y sus límites precisos, así en los derechos como en los deberes (1). Pero

(1) V. p. 286.

la falta de una verdadera ciencia, la imperfeccion y la rudeza de las circunstancias fueron causa de multiplicados debates y luchas, cuanto de la servidumbre en la esfera intelectual, religiosa y jurídico-política. En el órden de la Edad Media, el sistema feudal, con las demás relaciones económicas concordantes, fué el más sólido fundamento del poder secular. El sistema de los beneficios, que se convirtió más tarde en feudal, no fué, como ya hemos demostrado (1), una institucion puramente germánica; por más que viniese provocado por la disolucion de las pésimas condiciones célticas y romanas en las Galias, de que el espíritu germánico se apoderó sin más, para fundar de nuevo, gracias al principio del vínculo, un órden más sólido en la propiedad territorial.

Seguramente, nadie que reflexione sobre la conciencia y el sentimiento humano del Derecho, así como sobre lo que al presente reclama la economía nacional, pretenderá que se vuelva al principio feudal, ni á las antiguas condiciones de la posesion territorial vinculada. Mas conviene, sin embargo, legitimar históricamente estas mismas condiciones, porque quien considere sin opinion preconcebida aquel órden de los bienes inmuebles, lo estimará como la institucion, relativamente á su tiempo, mejor de cuantas hubo en la Edad Media. Y en esta institucion se revela el antiguo espíritu germánico, no sólo por la firmeza, sino por la trasmision hereditaria familiar, respecto á la posesion territorial, esa natural raíz de todo órden político. Semejantes instituciones tuvieron, por lo ménos, el mérito incontrastable de haber conservado, durante más de 1.000 años, un órden territorial, así como una numerosa y robustísima clase agricultora. Compárense con estos resultados los efectos de los principios romanos de libre disposicion por lo que toca á

(1) V. p. 278.

la propiedad inmueble, y búsquense especialmente en Francia, durante los últimos cincuenta años en que aquel sistema de libertad tuvo su máxima aplicacion. Enormes deudas (1) pesan hoy allí sobre la gente del campo, de suerte que, si no se pone remedio, mal podrá sustraerse á un desenlace semejante al que tuvo lugar en Roma y en las provincias romanas, precisamente por la gravedad de las deudas, amenazando así el mayor desastre á la existencia del Estado. Las cargas en la Edad Media eran, es verdad, muy penosas para la clase agrícola; pero nunca excedian de una cierta medida, naturalmente proporcionada á la capacidad de la persona; mientras que, por el contrario, en el sistema moderno de deudas pecuniarias, abstracto é ilimitado en sí mismo, la deuda puede llegar á exceder del valor del fundo y conducir de este modo hasta á que se despoje de su casa y de su finca al deudor. Cierto es que algunos bienes (la mayor parte enfitéuticos) admitian tambien, en el antiguo sistema, la carga de deudas y la venta por subasta; pero muchos no consentian estas obligaciones, como puede decirse de las *factorie;* y por más que pudiese tener lugar en éstas, por abandono de cultivo, la rescision del contrato, prescribia en aquel caso el

(1) Segun los datos oficiales gravitan hoy sobre la propiedad 12.000 millones de francos en hipotecas, y el nuevo impulso de la industria y el crédito mobiliario, que se intenta imitar tambien en los Estados alemanes (además de la decadencia moral en tantas esferas, elevará el sistema de especular sobre las deudas, sistema que en Francia invade hasta las mismas aldeas, al nivel de créditos hipotecarios. Varios historiadores y publicistas franceses de los últimos tiempos no ven en el sistema feudal, que hasta por historiadores como Guizot (*Cours d'histoire moderne*, lecc. 4) fué considerado bajo un aspecto único y exclusivo, mas que una institucion germánica intrusa, de la cual se habia emancipado el génio céltico, al renacer en la primera revolucion. Últimamente iniciόse por ésta un órden que conduce directamente á la antigua economía gálica de caballeros y siervos, con la sola diferencia de que los modernos caballeros son caballeros industriales y de moneda.

interés público que no pudiese el dueño del fundo retenerlo, ni agregarlo á otro arrendamiento, sino que habia de concederlo á otro en iguales condiciones y en modo ninguno más gravosas. Por esto se sostuvo una vigorosa clase de labradores, mientras que hoy, cuanto más se siga en las relaciones rurales el abstracto sistema romano relativo á la sustancia, se formará con rápido incremento una nueva especie de dominio directo, merced al cual será posible, á los nuevos dueños de los intereses y de semejantes prestaciones, emprender á su antojo la ejecucion, descomponer, reunir ó separar segun su propio interés al estado agrícola, hasta convertirlo en una clase de siervos y jornaleros (1). Hay un adagio jurídico aleman (el deudor es esclavo (2) del acreedor), en el cual el sentido comun caracteriza exactamente la relacion; y el sistema de la libertad de deudas y préstamos tenia que concluir por restablecer la antigua servidumbre económica de los romanos y los galos, llevando al Estado mismo á su ruina. Lejos de nosotros, sin embargo, la inten-

(1) WALTER, despues de haber notado (en el §. 491) cómo las costumbres y las leyes proveyeron á la conservacion de las fincas y de una fuerte clase labradora, en el §. 442, se expresa así, ocupándose de las actuales condiciones iniciadas para la desvinculacion. "Ya por esta obra (la desvinculacion) se empobreció el estado agrícola por la disminucion de fundos; la facilidad de las deudas hipotecarias le sometió á este gravámen; merced á la dependencia real que tiene á su favor el acreedor, se produjo una nueva especie de dominio directo y el campesino se vió, como antes, obligado á sacrificar una parte de su trabajo, á fin de hallarse en aptitud de pagar los intereses en caso de pagarse atrasados, sustituyó á la antigua y sencillísima pignoracion ó rescision del contrato un costoso y no ménos duro procedimiento ejecutivo, y de esta suerte fué ilusoria una gran parte de la libertad á que se aspiraba.—Presentimos otros tiempos, en los cuales la clase agrícola, ó se trasformará por los débitos y las ejecuciones en un estado de simples arrendatarios ó jornaleros, ó se acudirá acaso al remedio de la reduccion de hipotecas." Pero si se quiere evitar esta última injusticia, conviene poner un límite á su constitucion.

(2) Borghart (Schuldner) ist Lehnharts Knecht.

cion de abogar por la restauracion de los antiguos vínculos, ni de proscribir en general el uso del crédito en la propiedad inmueble; sino indicar tan sólo, cómo la comparacion de aquellas condiciones debe hacer reconocer un principio verdaderamente germánico y de importancia práctica, aun en nuestros dias, á saber: por una parte, la consideracion necesaria del interés *público* que tiene todo Estado en no poseer una clase agrícola demasiado cargada de deudas; y, por otra, el de determinar, dentro de ciertos límites, una *restriccion* de la arbitrariedad privada en punto á imponer cargas á la propiedad inmueble: de suerte, que los principios mandan que se considere la verdadera libertad de ésta, como una institucion de interés público y familiar, aun en la esfera de la agricultura y análogamente á los fideicomisos familiares (1).

El estudio del derecho aleman y de su historia debe servir tambien para hacer apreciar nuevamente lo que habia de bueno en las antiguas formas ya destruidas ó próximas á serlo y para limitar esencialmente por medio de ello el principio romano de la abstracta libertad de la voluntad. En general, la mision de nuestros tiempos consiste en conciliar el concepto de libertad con las condiciones de un órden objetivo, que debe abrazar á todos los indivíduos, así como todos los esfuerzos y aspiraciones particulares en una comunidad más elevada para la realizacion de un fin sintético. El derecho romano puede contribuir bien poco á resolver semejante cuestion. Si en un principio fué útil para restaurar la conciencia de la voluntad jurídicamente libre, este principio se halla en la actualidad exuberantemente cumplido. Su dogma del libre obrar de los indivíduos en todas las esferas del

(1) V. en el libro III el derecho de las clases especiales, donde creo ofrecer en el "derecho rural" algunos datos importantes para formar un nuevo reglamento jurídico de estas relaciones.

derecho privado pronto resolveria en átomos á nuestros Estados, quitarian todo freno al egoismo individual y no nos alcanzaria más beneficio que una vida desconcertada, cual la romana lo era. Se quiere alucinar al pueblo aleman, fuera de toda medida, con los «eternos principios del derecho universal, con la razon escrita, con el poder de la voluntad y el imperio,» y se trabaja de contínuo por grabar estas máximas en las nuevas generaciones, como si dependiese de semejantes creencias el bienestar de los Estados. Mas á pesar de esto, no hay salvacion, sino en parte abandonando y limitando este sistema. El derecho aleman, que no se debe ahogar en el estrecho molde de los conceptos romanos, ni impedir que se organice segun su propia naturaleza, puede indicar el camino que conduce á la verdadera meta, no de otro modo que lo hace la vida alemana, la cual hasta aquí (1) camina siempre más y más en su mejoramiento. La historia alemana no conoce ninguna sublevacion popular ocasionada por la usura de los ricos, ni un proletariado como el romano, gritando *panem et circenses*, ningun gobierno arbitrario de las masas democráticas, cayendo despues de esto en el despotismo de los emperadores. Y sólo los principios jurídicos y políticos romanos podrian llevarnos á tales extremos, ya que de hecho abren para ello camino. El derecho aleman supo coor-

(1) ¿Sucederá otro tanto en adelante? O para hablar con más exactitud ¿no comienza ya á indicarse un cierto torcimiento en esta vida, hasta hace poco tan vigorosa y robusta? Lícita es la pregunta, desde los últimos sucesos que han señalado el apogeo del poder material de Alemania con la victoria sobre Francia, la fundacion del nuevo Imperio, el empobrecimiento de su vida económica, la decadencia de su política interior, la compresion autoritaria de las ideas, ya religiosas, como en el *Kulturkampf* con la Iglesia católica, ya sociales, como en las recientes leyes contra los socialistas y la persecucion de profesores y escritores adictos á estos. Por último, hasta el pujante desarrollo científico y el movimiento artístico y literario parece tal vez declinar; sobre todo, el segundo, ya que—para no citar más que un ejem-

dinar al indivíduo y su libertad en una comunidad que los limita, constituyendo la comunidad en sus distintas esferas, sobre la base de la cooperacion de todos sus miembros, merced ya á la representacion directa, ya á la indirecta, promoviendo de este modo una accion orgánica recíproca entre los indivíduos y el todo. Por lo cual la vida fué regulada en la familia, en la comunidad, en la sociedad y en el Estado de tal modo, que cada esfera, clase y profesion se apreciase en su carácter y libertad, siendo llamada normalmente á tomar parte en la administracion de los negocios públicos. Así es como se manifiesta en la historia el derecho aleman, que se mantendrá siempre en la vida germánica, mientras la Providencia permita el progreso de este pueblo, todavia vigoroso, en el camino de una vida política bien ordenada.

II. Si consideramos ahora este mismo derecho germánico en los elementos principales del espíritu y del carácter aleman que en él se manifiestan, hallaremos como rasgo fundamental predominante la elevada naturaleza sintética y orgánica, que se muestra, así en la íntima armonía del principio subjetivo de la personalidad y la libertad con un órden objetivo, como en la organizacion de la complicada vida social y en la tendencia de órden y de subdivision que vá creando corporaciones. Además, en este sistema descubrimos

---

plo—sólo espíritus preocupados pueden soñar con ver en Wagner, Brahms, Schumann, Rubinstein y demás maestros de sábia *factura*, pero de escasa inspiracion, los dignos émulos y continuadores de aquella dinastía gloriosísima que vá desde Bach á Beethoven.

Por lo demás, el fenómeno se repite usualmente en la historia, cuando un pueblo llega al máximum de su grandeza y poderío. ¿Será á la vez el punto de culminacion, en esto como en todo, principio del ocaso? En nuestra propia nacion, así lo hemos visto. La grandeza interior de nuestra cultura, desde mediados del siglo XV, ayudó á extender nuestra dominacion por el mundo, y este, al parecer último fruto de nuestros progresos, señaló el comienzo de nuestra ruina.—(*N. T.*)

la íntima union del órden jurídico con el natural y moral de las cosas, vemos regularse toda clase de relaciones jurídicas en armonía con las demás condiciones, el respeto á la individualidad de la persona y á las esferas de la vida, subordinadas las cosas y los bienes (evitando así un derecho de bienes abstracto) á las relaciones personales para las cuales ese sistema constituye tan sólo una base externa. Finalmente, en él tiene lugar el enlace estrechísimo del derecho privado y el público, que se auxilian recíprocamente, distinguiéndose, sin embargo, las particularidades de cada una de ambas ramas. Y todos los elementos que acabamos de enumerar, hállanse además unidos entre sí unos con otros, formando un todo orgánico.

1. El principio *sintético* del derecho aleman se halla en la íntima union del derecho subjetivo, que deriva de la persona y de la libre voluntad, es decir, de la facultad y libertad, con una norma dimanada del órden objetivo de la vida establecido por Dios, órden que conserva el vínculo en la comunion de los sujetos libres. Estos dos elementos predominaron alternativamente en varias épocas, sin contenerse en sus verdaderos límites; especialmente en la Edad Media, el órden objetivo paralizó y oprimió la libertad. Sin embargo, dejó ésta tan profundas raíces en el derecho aleman, y el elemento objetivo de vínculo y de norma apareció tan claramente en todas las relaciones, que sólo los prejuicios pudieron atribuir á aquel derecho unas veces el espíritu subjetivo, otras el objetivo (1), cuando por el contrario la armonía de ambos conceptos, en síntesis orgánica, forma la base del carácter

(1) Así Zopfl, II, 2, p. 2, etc., cree descubrir en el puro derecho aleman, el predominio del concepto jurídico subjetivo ó de la libertad, y en el romano, por el contrario (en lo cual se equivoca completamente), el del concepto legal objetivo; mientras que Schmidt, en su libro, profesa la opinion contraria.

y del derecho alemanes. Cierto es que se podria creer, á lo ménos, que prevalecia el elemento subjetivo, cuando se piensa en el antiguo concepto germánico de la libertad, en la importancia del principio de personalidad que dominaba en los derechos nacionales de la Edad Media, como tambien en punto á las fuentes jurídicas, en los albedríos, en los contratos, en la autonomía, en las cartas de privilegios y franquicias, consideradas como otras tantas libertades; sin embargo, no aparece ménos luminosamente en las relaciones el principio del vínculo y de la ley ordenadora. Así vemos tan estrechamente unidos los derechos y los deberes, de suerte que cada derecho esté limitado por deberes y que éstos formen la base de los primeros: por ejemplo, el indivíduo se halla ligado en la comunion de la vida de varios modos por el vínculo natural de la familia, especialmente tratándose de ventas y donaciones; y no de otra manera hállanse sólidamente ligadas entre sí las familias por las comunidades locales y de las marcas. Pero el vínculo que alcanzó la máxima importancia y extension fué el feudal y el de las relaciones rurales. Finalmente, se ofrece vigoroso tambien el vínculo de las asociaciones y de las varias esferas de la vida comun, de suerte que este principio se ofrece como el más elevado é interesantísimo.—Por este carácter sintético que se manifiesta en todas las esferas de la vida, se distingue esencialmente el derecho aleman del romano, que revela en todos sus axiomas é instituciones jurídicas, como en su método, un carácter *analítico*. En el derecho aleman, prevalece la *razon* que reune, coordina y desvanece las contradicciones, pero el elemento individual no se presenta claramente mostrado, ni determinado segun reglas generales. En el derecho romano reina, por el contrario, el *entendimiento* (1) que analiza y com-

(1) V. p. 184.

pone de nuevo externamente, entendimiento que conduce en aquel sistema á la perfeccion técnica, y que mediante la multitud de casos desenvueltos, segun reglas formales, impide que muchos adviertan la falta de más elevados principios.

2. El derecho aleman refleja una organizacion de todas las relaciones *sociales* de la vida, á la cual él se adapta, ordenándolas. La vida alemana (1) se elevó de esta suerte por cima de la esfera meramente jurídico-política, difundiéndose en todas direcciones, promoviendo activamente toda clase de bienes, abrazando todos los fines humano-sociales y creando, para éstos, órganos adecuados. El poder, cada vez más floreciente, de la Iglesia, que se estableció en una posicion independiente del Estado, y la vigorosa tendencia á crear asociaciones, tendencia que se hizo superior á la autorizacion del Estado, como que confiaba en su propio derecho, produjo un rico sistema de corporaciones, especialmente en el terreno de la industria y el comercio. Mas no por esto cesó el derecho de imponer do quiera sus medios y de dirigir todas las relaciones externas sociales, respetando al mismo tiempo la especial naturaleza de cada relacion. De este modo se aplicaba á todas ellas las de carácter público y á las privadas, así de la Iglesia como del Estado, de la agricultura, de la industria, etcétera, no ciertamente en conformidad con tales ó cuales principios abstractos, mas segun la íntima naturaleza y fin de las relaciones y de las instituciones. Por lo cual, el derecho aleman ofrece un *organismo* correspondiente al organismo social; y en esta organizacion jurídica, cada miembro se conserva en su propia individualidad y libertad, y simultáneamente se conserva unido por ciertos vínculos á todas las demás partes, así como al conjunto. Bien diversos son la vida y el derecho romano, que se hallan dirigidos sólo á fines puramente exteriores y subalternos, y movidos por las ten-

(1) V. p. 163.

dencias del egoismo y regidos por principios abstractos, mientras todo el sistema descansa en un *mecanismo* (1) uniforme, en cuanto es posible, de normas y de fórmulas jurídicas privadas y públicas.—Así es que si se quiere que el derecho aleman conserve su propio carácter, conviene librarse de restringirlo en estas ó en las otras fórmulas mecánicas del sistema romano; ya que, por el contrario, tanto en su perfeccionamiento, cuanto en su aplicacion á nuevas relaciones y necesidades, es preciso usarlo como principio directivo, para que, de la interna naturaleza y fin de cualesquiera relaciones, sea dado derivar y determinar su derecho. A cuyo intento, conviene tambien considerar á la vez todas las demás relaciones condicionantes, para conseguir armonizar el sistema orgánico jurídico, con el no ménos orgánico de las relaciones de la vida y de los fines y condiciones de ésta (2).

3. Por la naturaleza del carácter aleman se explica tambien la *viva tendencia á la asociacion*, que se ofrece en la formacion de toda clase de corporaciones. Donde, por un lado, se manifiesta el sentimiento de la individualidad y libertad propias y ajenas y de otro se reconoce un órden y regla superior, y hay buena voluntad, para someterse á un fin comun, palpita tambien la aspiracion á auxiliarse y *completarse* en una sociedad perfectamente ordenada. Semejante tendencia, que se muestra desde muy temprano en la vida alemana, que pone en íntimo contacto la persona y la persona y enlaza entre ellas al vínculo moral de la fidelidad consecuencias jurídicas; que afirmó en las familias y en las tríbus los vínculos naturales; que estableció importantes lazos político-jurídicos en las comunidades de las marcas y can-

(1) Comp. p. 188, nota, y la pintura que hace IHERING.

(2) V. acerca de esto la «Metodología del Derecho», al principio del libro 4.º

tones, encarnóse, durante el curso de la Edad Media, en la formacion de toda clase de corporaciones para fines industriales, comerciales, científicos, pedagógicos, religiosos y morales. La conjuncion, característicamente alemana, de los dos elementos de igual importancia de la personalidad individual y de la comunidad determinada por el fin, proyecta en las corporaciones su particular sello jurídico, de suerte que, por regla general, tanto los miembros, como el todo, se presentan en esta su cualidad, como derecho-habientes y como obligados. Por esto, la corporacion jurídica alemana no puede ser considerada de modo alguno segun el tipo de las dos instituciones jurídicas romanas abstractamente contrapuestas, la *universitas (personarum)* y la *societas*, que expresan una alianza de personas con el mismo intento.

Las diferentes clases de asociaciones se distinguen por el diverso fin á que aspiran. Y es un rasgo característico de la asociacion alemana el atender, no sólo á los bienes, sino tambien á las relaciones morales, así como á la cooperacion para estos fines. Del mismo modo que en muchas especies de corporaciones, el honor y las buenas costumbres estaban protegidos por reglamentos disciplinarios, así se comprendia tambien en el fin el cuidado de los accidentes desgraciados, de las viudas y de los huérfanos. Porque está precisamente en el espíritu, verdaderamente noble y en las costumbres alemanas no tratar la fortuna abstractamente de la persona, sino de modo que las relaciones de bienes, especialmente en una comunidad de indivíduos, marchen unidas con otras relaciones personales y morales y que los bienes se hayan de tener como simple base para éstas ó se hallen al ménos por ellas condicionadas (1). No de otro modo como en las

(1) Debe considerarse como laudibilísima indicacion del verdadero camino aleman, la propuesta que en la Cámara prusiana de los Señores, por indicacion de uno de sus miembros, en 12 de Abril de 1856,

relaciones de propiedad territorial y en el sistema feudal, el vínculo de la fidelidad y los deberes por ella recíprocamente impuestos, llegaron á ser el elemento moral más importante; y como en las demás relaciones de la vida rural, se contrajeron entre las respectivas personas ciertos vínculos morales, jurídicos y políticos, cuyo valor ó cuyos vicios son todavia muy dudosos; así ocurria en las corporaciones, en las que se puede casi siempre hallar un lado jurídico referente á los bienes, otro moral y aun otro político. La rica organizacion especialmente de la vida ciudadana en las asociaciones, gremios y corporaciones, no contribuyó más que el vínculo de las relaciones de la propiedad territorial, á dar mayor firmeza y solidez á la sociedad alemana. Cierto es que el progreso real fué muy dificultado y casi detenido en ambas direcciones, por la defectuosa organizacion de los vínculos; pero la posicion personal llegó á hacerse soportable en el trascurso de los siglos.

El nuevo principio de la libertad individual, tiende actualmente á la destruccion completa de las antiguas asociaciones industriales y comerciales, y en muchos países ha dominado como vencedor. Direccion ésta, que, si hubiese de actuar en todas sus consecuencias, produciria el resulta-

---

fué recomendada por la comision al Parlamento, á fin de que fuese aceptada: "rogar al gobierno que examine si los poseedores de caminos de hierro, fábricas, etc., podian, por las vías legales, ser obligados á prestar, á más de lo que exigen las leyes actuales para socorro de los pobres, los auxilios que reclamasen el cuidado y la subsistencia de los operarios y de las familias de éstos, por ellos empleados."

El comisario del gobierno mostró en la comision mencionada que la mayoría de los principales establecimientos industriales de Prusia atendian á sus obreros, é indicó que á fines de 1854, existian en 500 distritos municipales, casas de socorro para los aprendices y operarios de las fábricas, y que las 2.622 casas de esta especie, contaban 246.000 interesados. Pero, á pesar de estos datos estadísticos, la mocion aludida fué aprobada por el Parlamento.

do de que la libertad se destruyese por sí misma y que, donde quiera que se hallase sin límites, se reduciria á ser la esclava de otros poderes y el instrumento del poder del dinero, de todo lo cual se originaria un movimiento sin límite ni medida y la ruina de los hombres y de las relaciones. Por esto, si se quiere que la sociedad no se disuelva individualmente en sus últimos átomos, conviene establecer un ordenamiento ético-jurídico-moral y unirlo con el principio de asociacion todavia vivo. Es, pues, de interés *público* defender el concepto aleman de la asociacion, como una *institucion* que, en sus relaciones esenciales, no puede ser cambiada arbitrariamente por las partes y que es necesario regular por la ley.

El egoismo industrial preferiria seguramente realizar, como durante tanto tiempo ha venido haciéndolo, semejante relacion en la forma romana del contrato de locacion de servicios, sujetar á los operarios exclusivamente á las condiciones determinadas por la competencia y despedirlos cuando pareciere oportuno, abandonándolos á la beneficencia general ó á las casas de carídad. Y del mismo modo que ofrece un carácter mejor el contrato germánico de servicios, por más que esté inspirado tambien en varios deberes morales, así el modo egoista de tratar al obrero industrial, es el opuesto á la costumbre alemana, al derecho y á la humanidad. Conviene, sin embargo, que la legislacion procure, respecto de las corporaciones y sociedades, establecer en la esfera industrial, como hizo con los gremios, procedimientos en armonía con la moderna forma industrial y social y que sean beneficiosas para el operario y sus parientes, destinando ciertas fundaciones á las que se acuda segun la necesidad (por ejemplo, en caso de enfermedad ó de falta de trabajo) y que alcancen al cuidado de las viudas y huérfanos. Estas providencias, dictadas en el sentido dèl derecho aleman, produ-

cirian un remedio enérgico, contra las más temibles condiciones de nuestra vida política y social y reportarian harto mayores beneficios que los que pueden derivarse de todo el derecho romano.

4. *El principio de naturaleza en el derecho aleman.*—Así como el espíritu germánico se distingue del romano y del latino por una concepcion más profunda de la vida natural, que se manifiesta en su íntima conexion con ella en el arte y la poesía y que en la actuacion externa de la vida de la naturaleza, atiende más á la esencia de ésta que á normas y formas artificiales; así tambien en el derecho aleman se manifiesta una observancia más profunda del órden natural de las cosas. En primer lugar, vemos cómo el desenvolvimiento progresivo del derecho aleman responde mejor al natural, puesto que, hasta la adopcion del sistema romano, procedió más bien de las costumbres vigentes entre todo el pueblo, que de la actividad consciente y reflexiva de la legislacion, de los magistrados y de los jurisconsultos. Mientras que no es dado admitir, como poéticamente imaginó el pensamiento germánico, que el derecho romano se perfeccionó en sentido natural, el derecho germánico puede considerarse como desenvuelto con este sentido (1), en cuanto nació y creció en la continuidad de la cultura, emanando del todo y de las organizaciones especiales del pueblo. Aceptado el derecho romano y favorecida por él la fuerza del poder político, dominó acaso mayormente hasta los últimos tiempos la tendencia exclusiva centralizadora, á la cual se ha opuesto por último la pretension democrática é igualmente absolutista de las masas. Pero el espíritu y el derecho alemanes exigen, tanto en la formacion, cuanto en la evolucion del derecho, que, así éste como la ley, se muevan, no sólo por fuerzas de arriba,

(1) V. p. 188.

ni de abajo, exclusivamente; sino por una representacion mediata ó inmediata, en la cual tomen parte todos los órganos naturales. Por esto, el carácter del organismo y de las partes, semejante al de la Naturaleza, es el que él desenvuelve en la construccion y desenvolverá en perfeccionamiento futuro.

Y el órden natural se muestra diligentemente respetado en el derecho aleman. En efecto, en el antiguo sistema germánico, la familia, la primera sociedad natural era la base de muchas relaciones jurídicas (1). La familia alemana no conoce la distincion artificial determinada de un modo particular por el principio de la potestad, entre agnados y cognados; distincion que solo suprimió Justiniano en las sucesiones. Desde el orígen del derecho aleman, se halla en él el principio fundamental de la unidad de sangre; los grados de parentesco se han comparado varias veces á los miembros del cuerpo humano (2). El *mundium* germánico, aun cuando semejante, filológicamente hablando, á la *manus* romana, no expresa en modo alguno una relacion de poder, sino que se asemeja á la tutela correspondiente á la condicion natural de los miembros de la familia. En el derecho real, el de obligaciones y el de sucesion, advertimos á primera vista la observancia jurídica de la division natural, tan interesante, de las cosas en muebles é inmuebles, formando aquellas por su índole el vínculo que une el indivíduo á la familia y á toda la sociedad y refiriéndose las otras más á las relaciones de la persona privada, como tal. Tambien la salud corporal y espiritual influia en el derecho aleman sobre la capacidad de obrar de las personas, harto más que en el derecho romano. Á esta tendencia natural debe atribuirse la consecuencia de que, en el derecho público, el concepto aleman de la sobe-

(1) V. p. 366.
(2) Espejo de Sajonia, art. 4.°

ranía territorial naciese del *mundium* y se extendiese tambien á las personas que habitaban en un fundo determinado, abrazando despues, tanto los derechos territoriales (v. gr., la jurisdiccion patrimonial en los bienes de los caballeros), cuanto varias obligaciones de proteccion, por ejemplo, para los pobres del lugar correspondiente al señorío. Por último, las máximas y adagios jurídicos alemanes revelan la tendencia del pueblo á manifestar las relaciones de derecho en consonancia con las de naturaleza.

5. *El principio moral en el derecho aleman.*—Para la justa apreciacion de este importante elemento, es necesario que preceda una clara y exacta determinacion de la relacion entre la Moral y el Derecho, relacion que se presenta todavia muy vaga, así en la ciencia, como en la vida. Partiendo de un punto de vista limitado y exclusivo, se hubo de considerar el derecho aleman como plenamente penetrado por la moral y se le otorgó el peligroso elogio de haber elevado (?) á jurídicas las relaciones morales, censurándole á la vez que confundiese el derecho con la moralidad. Pero tomando el punto de vista que hemos expuesto anteriormente, no hay para qué aplicar al sistema germánico, ni aquel elogio, ni esta censura. Es indudablemente cierto que vislumbró mejor que el derecho romano el lado moral, pero nunca traspasó sus límites; y cuanto en aquella alabanza se indica como principio moral del derecho aleman, no es otra cosa que el principio *positivo* del derecho, al que no es dado elevarse ni á la superficial filosofía jurídica de los tiempos pasados, ni á la jurisprudencia positiva. El verdadero principio moral y el positivo jurídico deben distinguirse, distincion que repetiremos aquí brevemente, ya que el asunto es importantísimo. La moralidad, como forma subjetiva que es de la actuacion del bien, designa la conducta interna de las personas hácia éste; y se muestra en los *motivos* de la accion y en las *con-*

diciones internas determinadas para aquel propósito en la obra. De esta conducta interna, hasta que no se manifiesta al exterior, no se preocupa el derecho y ni la más aguda indagacion de la conciencia ajena podria juzgarla con certeza. Si cualquiera al realizar una obra, v. gr., la beneficencia, la gratitud vá ó no impulsado por un motivo exclusivamente moral, es una cuestion, siempre árdua, que se abandona al juicio mismo del que obra. Mas tan pronto como aquel motivo se encarna en un acto externo, por más que hasta su consumacion siga penetrado del motivo moral, como de su núcleo ó su sello espiritual, ofrece siempre un lado *jurídico* en relacion con personas, estados ú otros actos. Y para acudir á un ejemplo: aunque una obra se realice á impulso de la gratitud, debe tambien examinarse jurídicamente, atendiendo á otras relaciones, indagando, v. gr., si con ella no se perjudicarian otros deberes jurídicos hácia los parientes. En toda obra, *cualquiera que ella sea*, hay que distinguir generalmente un momento interno moral y otro externo jurídico: ya que, considerada como accion exterior, se pone en una série de relaciones que corresponde coordenar al Derecho. Además, un elemento moral puede constituir parte integrante de una relacion de vida, y presuponerse, por tanto, en el ordenamiento jurídico de dicha relacion. Pero tan pronto como se nos ofrece el opuesto, esto es, si advertimos *lesionado* el elemento moral en una accion externamente cognoscible, se dá lugar á una *consecuencia jurídica*. Así, la fidelidad conyugal es un factor moral necesario en el matrimonio y tambien una condicion de esta relacion, y se supone, mientras la contraria no se manifiesta por actos, cuando prévia demanda, se dá lugar á la separacion y al divorcio, como *consecuencia jurídica*.

Si consideramos, ahora, al derecho aleman bajo este doble aspecto, no habrá ocasion de ver la confusion de ambos

elementos, sino por el contrario, la completa armonía entre el derecho y la moral. Así, en el sistema aleman, se aprecian varias determinaciones internas de la voluntad, que el derecho romano comenzó sólo á apreciar en la época de los pretores; como puede decirse especialmente del error y de la culpa en su influencia jurídica, y en parte tambien de más delicadas diferencias (1). Por lo demás, el sistema germánico deja los motivos morales fuera de la esfera jurídica. Pero no deduce de aquí que lo inmoral, sin más, esté jurídicamente permitido. Una máxima como *in emendo ac vendendo naturaliter concessum est sese invicem circumscribere*, se halla en oposicion con nuestro génio jurídico, aunque se la mitigue con la interpretacion. Este no consiente, sino que tolera tan solo, algunas inmoralidades, basadas en la libertad moral, que jurídicamente debe respetarse por el hombre; pero todavia trata de ponerles ciertos límites y de someterlas como deshonrosas á determinadas consecuencias. Por lo cual, el derecho aleman requiere, hasta en las relaciones de propiedad, la adquisicion honrada, de suerte que una superchería, que debiera considerarse como fraude, seria suficiente para provocar la expulsion de una corporacion. Así, ese derecho quiere que de las facultades jurídicas se haga un uso moral en muchos conceptos. La prescripcion se manifiesta como pena por la negligencia en el uso; la despedida del colono, como castigo por su mala administracion. Finalmente, requiérense ciertas virtudes morales como partes integrantes de una relacion. Esto ocurre especialmente en la *fidelidad* y en la dignidad correspondiente, el *honor*. Así, el sistema germánico exige de un modo absoluto el cumplimiento de la promesa (2), y por más que haya concedido al-

(1) V. PLATNER, *Desarrollo histórico del Derecho aleman (Entw. des d. Rechts.)*, 1854.

(2) Sobre esta fidelidad, como elemento obligatorio de los contra-

guna importancia á ciertas formas, no por eso se admite jamás, como en el derecho romano, una distincion entre *contractus stricti juris et bonae fidei.* Pide aquel fidelidad donde quiera que se trate de la sujecion de un hombre á otro, cosa completamente desconocida para el derecho romano: fidelidad entre el marido y la mujer, entre el vasallo y el señor feudal, entre el criado y su dueño; fidelidad en el cumplimiento de los deberes que tocan á cada cual, segun su posicion, oficio y estado. El *honor*, que es solamente la condicion y el reflejo de la conducta armonizada con el deber en una comunidad de séres libres, y que cambia de forma segun el estado y la profesion de los indivíduos, es en el derecho aleman, bajo muchos conceptos, condicion de la adquisicion, del ejercicio y de la conservacion de los derechos. Así que, si en una edad todavia bárbara, extrañas preocupaciones indujeron á error y se tuvo por deshonradas é infames á aquellas mismas personas que despues se rehabilitaron por la civilizacion y la humanidad, debemos siempre considerar como principio solidísimo, que en toda comunidad más ó ménos extensa, el honor y la honradez constituyen la base y mejor garantía del contenido jurídico. El espíritu del derecho aleman, que tendia en todos los órdenes á la honradez (de aquí, proverbio: «Los magistrados y las clases deben ser puros, como si se hubieren elegido entre palomas») y á hacer dirigir la disciplina por autoridades sociales, puede ser de nuevo eficacísimo hasta para las condiciones de nuestra sociedad. Así en el Estado, como en toda sociedad especial y en cualesquiera condiciones y corporaciones, es preciso que la honradez de la conducta sea la condicion fundamental para formar parte de la asociacion. Por más que el Estado sea el custodio jurídico de la pública moralidad, como esta custo-

---

tos en el derecho germánico, V. STOBBE, *Sobre la historia del derecho germánico de contratacion (zur Gesch. d. deuts. Vertragrechts)*, 1855.

dia no basta seguramente en ningun caso, conviene que cualesquiera reuniones organizadas, toda corporacion profesional ó de clase velen por los deberes especiales de sus propios miembros. Con esto se daria lugar á un derecho y tribunal disciplinarios en todas las clases, en todos los ramos del servicio público, en el comercio, la industria, en la enseñanza y la educacion, en los abogados y médicos, como tambien en el de todos aquellos que, en las varias esferas de la literatura y de la prensa, trabajan ó recogen los productos. De esta suerte se resucitaria, aunque con el espíritu aleman mucho mejor organizada y distribuida, una funcion moral que los romanos tenian en su *censura* y que representaba un complemento esencial de su vida jurídica, por más que no pasara de ser una institucion *central* y especial (1); y de este modo se veria cada vez más establecida y asegurada la cooperacion de los indivíduos en toda comunidad, y constituida en una série regular de instancias.

6. Con harto mayores consecuencias prácticas, se ofreció en el sistema aleman la concepcion positiva del Derecho, que por la preponderancia del derecho romano y el antiguo derecho natural, quedó casi eliminado de la ciencia jurídica moderna. El derecho romano gira solamente sobre el indivíduo y su libertad, considerando las demás personas como contrapuestas á aquel, y tuvo, por necesidad, que permanecer en los confines de un concepto jurídico negativo, y meramente restrictivo. El derecho aleman, por el contrario, considera desde un principio al indivíduo como *miembro* de una ó de varias comunidades, y por tanto deriva acertadamente de las obligaciones jurídicas de la naturaleza de la sociedad, sin consideracion á la voluntad de los indivíduos. Desde el orígen de la historia alemana, la familia, la parentela, el municipio enlazan con estrechos vínculos al indivíduo; y des-

(1) V. p. 155.

pues la vida entera, social y política, se desarrolla y se conforma como una sociedad de tutela y de ayuda, garantía de paz. El Cristianismo con sus enseñanzas de divina providencia, enseñanzas que debian ofrecer una guia práctica para el organismo de las atenciones sociales, no dejó ciertamente de ejercer influencia; pero la direccion habia sido trazada de antemano por el sentido germánico. Así como, en el Imperio germánico, el deber de amparar á todas las personas necesitadas (1) se convirtió en la tutela eminente del señor territorial, revistiendo al Estado aleman, merced á esta funcion, un carácter educador y providencial, así tambien se organizó dicha proteccion y asistencia en todas las asociaciones y corporaciones particulares.

Era, en efecto, principio fundamental en los gremios *(Gilden)* que uno debia socorrer á otro, como si fuera su hermano, en todo lo útil y equitativo. Y siempre y cuando una persona establecia relaciones permanentes con otra, ó hasta con una cosa, surgian para el espíritu germánico deberes morales y jurídico-positivos entre aquellos términos. El derecho feudal y las diversas relaciones rurales ofrecen prueba de ello. Existe, además, la de que en toda sociedad de fines comunes y perpétuos, los miembros son atendidos y protegidos en sus manifestaciones humanas. De esta suerte, los gremios (que acaso en los primitivos tiempos habrán sido comunidades unidas por los sacrificios) fueron ciertamente, ante todo, sociedades comerciales é industriales; pero cada cuerpo de artesanos tenia, por lo que á la religion toca, su santo patrono; mientras que, al mismo tiempo, en la esfera política, tenia deberes y gozaba derechos; en la esfera moral, conservaba la disciplina entre sus miembros; y en la direccion positiva jurídica, establecia auxilios para las viudas, los huérfanos, los enfermos, etc. En toda corpora-

(1) V. p. 299.

cion, el maestro, los oficiales y los aprendices se hallaban unidos por un vínculo jurídico moral. Ahora bien, en todas estas relaciones aparece de nuevo el carácter orgánico del derecho aleman. Pues, así como en la Naturaleza, el todo aparece en el indivíduo y éste se halla unido á aquel por todos lados, así en la sociedad cada elemento orgánico se muestra abrazado é incluido en las demás esferas de la vida por todas partes y sin colision alguna. Y así, tanto el indivíduo, como la familia, las corporaciones, el municipio y el Estado, tienen una existencia relativamente independiente, por más que se hallen todas íntimamente reunidas entre sí. Por esto, á la manera como la familia no absorbe ni borra la existencia individual, así tampoco aquella se disuelve en la corporacion, ni ésta en el Estado; y las graduales organizaciones representan, por el contrario, el progresivo auxilio y complemento de la vida. De donde se sigue que cualquiera clase de sociedad inspirada en sentimientos filantrópicos y considerada bajo el punto de vista de la humanidad, imponga tambien, como tal, deberes positivos de derecho, cuyo cumplimiento se exige, no ménos que el de las demás obligaciones jurídicas negativas, ya por sentimiento moral, ya, á defecto de éste, por coaccion.

Esta concepcion jurídico-positiva del germanismo hay que reanimarla tambien en nuestro tiempo, en el cual darian noble ejemplo los fundadores de sociedades mercantiles é industriales, instituyendo, por libre impulso moral, establecimientos de proteccion y auxilio para los empleados y los trabajadores; pero este deber es juntamente un deber jurídico que el Estado ha de hacer cumplir como custodio universal del Derecho. Es, además, una exigencia general ética, que donde quiera que se exige del hombre que consagre permanentemente casi toda su actividad en un determinado órden de trabajos, jamás se le trate como una máquina inteligente

y que se deteriora por el uso, sino de un modo humano, cuidando moral y jurídicamente de todas sus condiciones y circunstancias. Del principio jurídico-positivo que dimana de la Ética, y de su conveniente organizacion en todas las esferas sociales, debe esperarse tambien la saludable reconstruccion de todo el órden social, especialmente disuelto por el egoismo individualista y el remedio de tantos y tantos vicios, todavia en aumento.

7. Pero el órden natural, moral y jurídico es y aparece, por muchos modos, en el derecho germánico, como emanacion de otro órden superior y divino que todo lo penetra. Esta idea que ya se reconoce en las antiguas concepciones religiosas y jurídicas de los germanos, ha recibido toda su luz del Cristianismo. Todo derecho, como toda verdad vienen, segun éste, de Dios. La justicia divina gobierna esta vida y la enlaza con la venidera. Este órden superior debe dar al que luego constituye la libertad humana su suprema direccion y fuerza, su medida, su fin y su consagracion verdadera. Pero el hombre tambien, merced á su naturaleza inmortal y semejante á la de Dios, tiene derechos que no proceden de la mera declaracion del Estado ni de las decisiones del pueblo, sino que son innatos, negados por los antiguos y modernos paganos; pero que el cristiano no puede ménos de respetar, como un elemento inviolable de todo el sistema de la vida y del derecho. Semejante relacion de éste con Dios y el órden divino se manifiesta prácticamente en dos respectos. En primer término, por cuanto todo derecho, si con relacion á la libertad humana, constituye una facultad subjetiva, debe considerarse supremamente como una funcion conferida por Dios y que debe ejercer cada cual libremente, en verdad; pero bajo responsabilidad ante Aquel y ante su conciencia, aun allí donde falta responsabilidad ante el Estado. En segundo lugar, de esta concepcion superior y

objetiva, nace que todo derecho se dá para cumplir ciertos deberes y lleva anejas ciertas obligaciones. Así los padres ejercen respecto de sus hijos un cargo que Dios les ha confiado y que tiene sus derechos y sus deberes; otro tanto acontece con el propietario y poseedor de bienes, que le han sido concedidos por Dios igualmente, para su uso y para que lleve determinadas obligaciones respecto de otras personas. En muchos pueblos se refirió, como entre los antiguos germanos, el orígen de la propiedad territorial á una concesion divina y especialmente al Sol (con lo cual se relaciona posteriormente (1) el feudo solar ó libre); y es lícito afirmar que en la propiedad germánica de los inmuebles ha quedado latente la idea de un cargo que todo poseedor ejerce para sí y su familia, como especialmente puede observarse en los fideicomisos familiares germánicos, que pertenecen más bien al derecho real que á la sucesion, á distincion de la sustitucion fideicomisaria romana (2).

En el más alto respecto, el Imperio mismo era un cargo conferido tambien por la dignidad y de cuyo recto ejercicio podia pedirse cuenta al soberano aun delante del tribunal de los príncipes electores. En esta superior y objetiva concepcion jurídica que una filosofía ética del Derecho necesita traer á clara luz en la conciencia, ha de apoyarse tambien prácticamente la época contemporánea. Aun en el derecho privado, con predominar el elemento subjetivo de la libertad, nacen de aquel principio una porcion de limitaciones entre las cuales desde luego se hallan las que proceden de un abuso exteriormente cognoscible contra un interés so-

(1) V. p. 297.

(2) Así lo observa Gerber en su excelente memoria *Sobre el fideicomiso familiar aleman (Ueber das deutsche fam. Fideicommiss)* en el *Anuario de dogmática del Derecho (Jahrb. für die Dogmatik des Rechts.)*

cial. En el derecho público, por el contrario, toda facultad es una funcion, un cargo que siempre lleva anejas obligaciones jurídicas; y todo derecho político del indivíduo debe considerarse como un cargo que le está otorgado segun sus méritos y en interés público. Así, los derechos de ser elector, jurado, etcétera, no son meras facultades políticas, sino tambien obligaciones; y aun la suprema dignidad del soberano, aunque segun los principios modernos no dé lugar á responsabilidad jurídica alguna, jamás debe entenderse como un conjunto de facultades, sino de facultades y obligaciones al par, obligaciones perfectamente claras, por lo ménos para la conciencia moral.

8. Del principio de la comunidad de vida íntima y *organizada*, que penetra el derecho germánico, nace tambien el importantísimo de respetar y atender, al determinar cada relacion jurídica, las relaciones biológicas á que concierne. El derecho romano contrasta igualmente con este sentido por la desatencion radical con que cada principio y regla de derecho se desenvuelve en sus consecuencias por sí misma con exclusiva abstraccion, mientras que el espíritu germánico ordena y regula las relaciones jurídicas, partiendo, no de ellas mismas, sino del criterio y modelo del órden superior, divino, natural y moral de las cosas. En este órden existe, pues, íntimo enlace entre los principios jurídicos y las relaciones biológicas. En la organizacion social viven todos los hombres tanto en coexistencia como en asistencia recíproca: son miembros de un todo y este mútuo influjo se expresa en la determinacion jurídica de una relacion tomando en cuenta todas las demás relaciones pertinentes: principio, éste de atencion *(Rücksichtsnahme)*, que se ofrece en dos respectos, de un lado, por cuanto el derecho tiene en consideracion todos los demás principios de la vida, y especialmente el moral, al modo ya indicado; y de otra parte, porque cada rela-

cion continúa vibrando, por decirlo así, en otras cercanas y afines, concertando con ellas y determinándose cada una hasta cierto punto por las otras. Así el parentesco de consanguinidad ejerce su influjo en una esfera más ámplia en el derecho germánico y recibe en ciertos conceptos morales y jurídicos como en el derecho de los parientes *(Sippe)*, en el consejo de familia, etc., una opresion que aun en los bienes familiares se observa por cuanto en ellos se atiende á la descendencia.

Igualmente se ofrece este principio en la propiedad, especialmente en la territorial (1). Regúlase ésta segun diversas consideraciones: por respeto á la familia toda, á la vecindad, al municipio y al Estado, y aun por respeto á la publicidad, en las trasmisiones por ser la propiedad tambien relacion pública. En el derecho tocante á cosas muebles, se advierte, por el contrario, una mayor estimacion de las relaciones y condiciones del tráfico, merced al principio «la mano debe defender á la mano» (2). En las obligaciones no se considera á la pretension abstractamente en sí misma; de suerte que en el derecho germánico, en un contrato bilateral obligatorio, no es menester que se resuelva en dos con-

(1) SANDHAS, que en sus fundamentales *tratados germánicos (germanische Abhandlungen)* 1852, ha indicado tantos profundos motivos del derecho aleman, opina tambien (p. 19) que en el derecho real germánico se halla la idea de "asegurar las condiciones materiales de una vida racional, no sólo aparte de los ciudadanos del Estado, por ejemplo á los poseedores actuales, sino á todos los miembros de la sociedad jurídica, incluso especialmente la generacion futura;" siendo tambien de parecer de que "aquella total desestima de nuestros convivientes y postvivientes que en interés del propietario actual se halla, por ejemplo, en el derecho romano, es perjudicial," haciendo, por último resaltar con acierto, "que el derecho germánico limita, en verdad, el del indivíduo, pero de ningun modo lo suprime, teniendo por no ménos sagrada la sustantividad de éste que el interés de la comunidad."

(2) V. p. 363.

tratos particulares, segun lo supone muchas veces la teoría en el derecho romano. La obligacion permite igualmente tener en cuenta terceras personas, promesas en favor de un tercero, trasmision á éste. Merced á estas consideraciones generales y especiales que dimanan de las relaciones mismas, hay en el derecho germánico diversas obligaciones legales de estado ú objetivas. En este principio se reconoce el verdadero concepto orgánico del derecho; pues siendo éste una ordenacion de las relaciones de la vida, en cuanto condicionales, necesariamente ha de atenderse de una manera esencial para determinarlo á todas las relaciones de que se trata, y mientras más íntima es la concepcion de la vida humana, tanto más lo son tambien y más omnilaterales y comprensivos aquellos respetos. El derecho germánico no siempre ha estado atinado al establecer ciertas limitaciones que no cabe justificar; pero su principio es en sí mismo exacto, sólo que supone una concepcion exacta tambien de las relaciones de la vida.

9. El derecho germánico ha comprendido tambien mejor y más por completo la naturaleza de cada institucion jurídica importante, con las relaciones que de ella dimanan, concibiendo, al par, con más exactitud, á causa de esto, la conexion entre su *esencia* y su *forma*. Así como las tendencias del espíritu aleman se dirigen más y más cada vez á lo interior y profundo, á la idea, al gérmen de las cosas, con lo que frecuentemente se desatiende á lo exterior de su desarrollo, á la forma y aun expresion, así tambien, en nuestro derecho, se percibe de una manera más inmediata la naturaleza de cada asunto. Esto resulta del íntimo respeto, de que hemos hablado al órden natural y moral de las cosas. El fondo se comprende tambien de un modo más perfecto en todas sus relaciones esenciales: consecuencia, á su vez, de otra tendencia del espíritu germánico hácia el todo, tendencia que

se expresa en la omnilateralidad y riqueza de ideas y aspiraciones. Mientras que el derecho romano, con sus principios fundamentales, ya de por sí exclusivos, determina casi siempre cada relacion de una manera abstracta, sagaz, con precision aparente por sólo uno de sus aspectos culminantes, cayendo de esta suerte en muchos casos en contradiccion con la conciencia y sentido naturales é intentando luego suprimir las parciales consecuencias de este procedimiento y volver al camino derecho por medio de rodeos, de excepciones, de falsas analogías (v. gr., en los cuasi contratos (1) y cuasi delitos), de ficciones, á fuerza de ingénio y agudeza, el derecho germánico se ha visto siempre á cubierto de estos descaminos por esa tendencia mejor y más perfecta, sin necesitar de semejantes rodeos. Por esto en la familia no conoce relacion alguna artificial de suidad, ni agnacion fundada en el principio de la potestad; ni ha menester en las sucesiones de la *bonorum possessio*, apoyada en una ficcion; ni á causa de inmediata entrada del heredero en la herencia, de la ficcion de la *hereditas quae personae vice fungitur*; comprende por la naturaleza de la comunion humana la existencia jurídica y la sustitucion y representacion de una persona por otra sin tener que referir, por tanto, la gestion de negocios sin mandato á un cuasi contrato, con otros ejemplos análogos. Y así, el derecho germánico es un derecho más natural, y, por decirlo así, más recto, que abraza los objetos de una manera inmediata y determina su elemento jurídico segun sus relaciones mismas.

De esta suerte se explica tambien que, poniendo el fondo sobre la forma, aparezca ésta en lugar subordinado; y que respecto de ella se ofrezcan algunos vicios, aunque tambien

(1) V. el artículo titulado *La partícula* cuasi *en el derecho*, por G. de Azcárate, en el *Almanaque de la Institucion libre de Enseñanza* para 1879, p. 95.—(*N. T.*)

importantes ventajas. El derecho germánico no puede designarse en general como un derecho informe. Antes, allí donde las formas son lo más importante, á saber, en el nacimiento de una relacion jurídica, á fin de asegurarla y hacerla reconocer, se atiene á ellas más todavia que el romano, aunque desconozca sus distinciones formales que no se derivan de las cosas mismas, distinciones que no han logrado prevalecer aun despues de la adopcion del derecho romano; pero la persecucion de los derechos no se vió, en cambio, dificultada por ningun estrecho sistema de acciones. Ya el canónico, que en muchos puntos recibió el impulso del espíritu germánico, suavizó el *rigor juris civilis* que el sentido aleman, aun despues de la ya citada adopcion, impidió llegara á tener efecto. Pero de lo que carece el derecho germánico es de la organizacion formal de las reglas é instituciones jurídicas. Muchos tesoros puede descubrir todavia en esta parte la profunda indagacion de las fuentes de la Edad Media; pero el derecho romano sirve en esto de grande auxilio y remedio, así como su estudio puede ser tambien provechoso para el desenvolvimiento de este sentido formal.

10. El derecho germánico no ha desarrollado prácticamente un derecho abstracto de bienes, conformándose siempre por el contrario á la realidad. En el romano, el lugar predominante del derecho de bienes, que domina todas las demás relaciones, denota ya un egoismo y codicia característicos. El espíritu aleman, por el contrario, subordina siempre la fortuna á la persona cuyos fines está aquella destinada á servir. Por esto se considera de diverso modo á los bienes, segun la condicion de las personas, su clase y profesion; y, á causa del íntimo enlace con la personalidad, el derecho germánico, como ya se hizo notar, ha tomado en cuenta en esta esfera otras relaciones personales y morales.

11. Por último, en el derecho germánico tampoco aparece

el abstracto divorcio entre lo privado y lo público. Como esta division usual, por ser meramente formalista (1), de ninguna manera agota la naturaleza de las relaciones, pues toda personalidad moral ó física y sus relaciones esenciales, así personales como reales han de considerarse en los dos respectos citados, el derecho aleman concibe al indivíduo, á la familia, la corporacion, el municipio en su vida pública. La tendencia á este carácter público se halla tambien en el romano, que la manifiesta en su orígen; pero se fué perdiendo más y más cada vez por la constante preponderancia del egoismo privado; mientras que en el sistema germánico ha venido desenvolviéndose y aumentándose de dia en dia. La familia, la clase ó estado, el gremio, eran tambien instituciones de derecho público; y aun en la propiedad territorial se revela el principio de la publicidad en muchas ocasiones, constituyendo la base de un beneficioso sistema hipotecario, cuando el derecho romano ha fracasado en todas sus tentativas para mejorar el régimen de sus hipotecas, á causa de su desatencion de aquel principio. Esta tendencia á la publicidad, necesita asegurarse y desenvolverse aún en el derecho privado, de suerte que la participacion en éste del público, así para protegerlo, como para limitarlo, pueda servir á la armonía del interés particular con el comun.

12. Ahora bien, en estos caractéres fundamentales se expresa lo que puede llamarse «naturaleza de la cosa» *(Natur der Sache)*, que el derecho germánico ha sabido hallar del mejor modo y que, desde Runde, se viene comprendiendo, especialmente por los germanistas, como un principio director del método científico. Pero este concepto tan ambíguo no dá en sí regla ni norma alguna: para darle un sentido concreto en el espíritu del derecho germánico y para poder emplearlo en la explicacion de una institucion ó de una rela-

(1) V. p. 168, t. I.

cion dada, se necesita tener á la vista los elementos ó notas ya indicados de este derecho y desenvolverlos ulteriormente con sentido filosófico-jurídico.

Resulta ahora de esta característica sumaria, la importancia de este derecho para el *estudio* en general, para la cultura que el verdadero sentido jurídico puede recibir por su medio. Si se comprende este derecho, no ya meramente en sus instituciones particulares, muchas de las cuales han caducado y han sido borradas por la corriente de la vida, sino en sus principios radicales, que se le reconocen hasta en esas mismas instituciones que impiden de un modo inconveniente el movimiento de la sociedad, aparece como un derecho más natural que otro alguno (1), más íntimamente unido con la verdadera Filosofía del Derecho y principalmente adecuado, por tanto, para despertar el sentido natural y recto en esta esfera, inspirar respeto al órden real y moral de las cosas, difundir la conviccion de que el Derecho es ciertamente un fin de la libertad humana, pero que debe corresponder al órden objetivo y divino de las relaciones de la vida, el cual

(1) En su notoria parcialidad por el dererecho germánico, llega el autor, no sólo á desatender las limitaciones é imperfecciones de esta evolucion jurídica, las cuales apenas indica ligeramente en tal cual ocasion, sino hasta á olvidar una ley fundamental de la historia. Con efecto, ningun período del desarrollo del Derecho es, en el *fondo*, ó sea, en lo esencial, positivo y legítimo que contiene, más ni ménos natural que otro alguno. Todos son la expresion esencial é infalible de la conciencia jurídica del sujeto histórico: ó, de otra suerte, de la concepcion é ideal en que un pueblo, por ejemplo, abraza el principio del Derecho en las relaciones prácticas de su vida y segun el todo de condiciones y circunstancias que, juntamente con su individualidad original y nativa, determinan el grado de su cultura en esta esfera y su lugar como actor de la historia universal del Derecho. En esta historia, ese ideal positivo, ese fondo esencial, esa justicia intrínseca de toda evolucion, aparecen frecuentemente enturbiados é impurificados por deformidades, vicios, imperfecciones, injusticias, en suma, que tienen la razon de su *posibilidad* (no de su *necesidad*) en la limitacion

debe, pues, indagarse con circunspeccion y organizarse prudentemente, atendiendo hácia todos lados. Cierto es que el derecho romano ha prestado al desarrollo jurídico de Alemania los servicios anteriormente indicados; pero, á causa de su concepcion, que prescinde del órden ético de la vida y sólo atiende al sugeto y su albedrío, ha alimentado en todas las esferas de la voluntad, una tendencia abstracta que favorece grandemente á la disgregacion y disolucion individualista de las relaciones sociales, disolucion que halla en ese derecho sus mejores armas; así como ha apagado por su egoismo, que traspira en todos sus pormenores, un sentido jurídico más sano, embotando al propio tiempo y por regla general, el espíritu de la juventud desde un principio, para toda superior concepcion, á ménos de que no acompañe ó preceda á su estudio un cultivo fundamental de la Filosofía del Derecho.

El estudio del Derecho germánico, cuando no se reduce á una masa de materiales históricos, sino que se penetra en sus principios directores, los cuales, sólo en el porvenir, lograrán su mejor aplicacion, puede por consiguiente servir, en parte, de correctivo á las tendencias romanas y romanistas y, en íntima alianza con una Filosofía del Derecho, que le es grandemente afin, constituir la mejor base para la nueva legislacion de Alemania.

En esta breve característica no han podido indicarse sino

inherente á todo particular sujeto y estado. Bajo este respecto, tan fuera de ley es la encomiástica opinion de los germanistas apasionados, como la de aquella tradicion de las escuelas, que ha estimado por tanto tiempo al derecho romano como "la razon escrita." Esta calificacion pertenece, en el fondo, á todos los derechos; en el pormenor y entendida á la letra, á ninguno: por lo ménos, en el período intermedio de oposicion, antagonismo y discordancia, en que hasta hoy vive la humanidad en todas sus relaciones, incluso la del Derecho, con ser ésta tan principal y prepotente todavia.—(*N. T.*)

los rasgos más importantes de este derecho, así como sus esenciales diferencias respecto del romano. Al comparar uno y otro no se debe tomar por guia la opinion de que constituyan una perfecta y radical antítesis; pero todavia ménos la de que, á causa de ciertas analogías entre ambos, deba borrarse esa distincion (1). El derecho romano y el germánico, son ante todo dos ramas de un tronco comun, pertenecen á dos inteligentes razas árias originariamente afines que muestran en sus primeros tiempos ciertas concepciones é instituciones jurídicas comunes; por ejemplo: tendencia liberal, un alto sentido de la vida de familia, sucesion intestada, preponderancia de la publicidad en el derecho, etc. Posteriormente la vida romana limitada estrechamente desde su comienzo, aun en el espacio, al extenderse en su expansion nacional y en el progreso constante de su humanizacion, ha roto determinadas formas y antiguas restricciones, ensanchando su horizonte y enlazándose más íntimamente al elemento moral en su desarrollo.

Pero todavia corresponde al derecho germánico *grado* y dignidad superiores. Acontece con estas evoluciones gradua-

(1) En este error descansa la reciente obra de F. de HAHN: *Concordancia material de los principios jurídicos romanos y los germánicos (Die materielle Uebereinstimmung der römischen und germanischen Rechtsprincipien)*, 1856, que ciertamente expone muchas afinidades adecuadas para rechazar de una manera más concreta la exagerada oposicion entre ambos derechos; pero que ni se ha propuesto ni resuelto la verdadera cuestion, la cual no estriba en su igualdad ni en una contradiccion absoluta, sino tan sólo en su *distincion*. Sin una profunda indagacion del principio mismo del derecho y de sus elementos capitales, jamás se alcanzará un criterio para comparar y juzgar los principios jurídicos (positivos), romanos y los germánicos. La obra ya citada de RÖDER, á la cual se refiere tambien especialmente uno de los más ilustres jurisconsultos y prácticos, W. BORNEMANN, en su trabajo sobre *El desarrollo jurídico en Alemania y su porvenir (Die Rechtsentwickelung in Deutschland und deren Zukunft*, 1856), ha indicado ya el verdadero camino en este asunto.

les del derecho, como con los momentos generales de la vida social. Así como las razas principales, aunque todas juntas constituyan la unidad de la especie humana y ofrezcan el mismo tipo fundamental en lo espiritual y en lo físico, forman, no obstante, una série gradual (á partir de la longirostra ó llamada negra siguiendo por la latirostra ó mongólica (1), hasta la ovalirostra ó caucásica); y así como entre los pueblos que pertenecen á una de estas razas capitales, hay todavia notoriamente una escala, así tambien la hay en las evoluciones de la vida, y en ella el derecho romano y el germánico indican dos grados diversos de desenvolvimiento biológico y jurídico caracterizados por el génio peculiar de cada pueblo. Sin desconocer la sagacidad del derecho romano, cabe afirmar que el génio germánico se muestra superiormente dotado en punto á inteligencia y sentimiento, enlazando el sentido artístico y científico de los griegos con la tendencia práctica de los romanos (2), y que por esto los pueblos germánicos han venido por decreto superior de la Providencia, al primer término de la historia universal para rejuvenecer la

(1) V. p. 208, t. I.

(2) No ha mostrado ciertamente Alemania, entre sus muchas excelentes condiciones, que no seria justo negarle, este sentido práctico á que se refiere el autor. Despues del alto vuelo que su vida interna tomó cuando las guerras con el primer imperio francés, el movimiento social (relaciones de las clases, vida económica y política, que son las esferas á que principalmente suele darse ese nombre) dista mucho de ser satisfactorio; y acusa, en sus hombres de Estado, Bismarck inclusive, como en las masas de sus obreros, una tendencia utopista y una falta de espíritu y arte para aquel órden de relaciones, de que son cumplida muestra las últimas disposiciones contra el socialismo, la flamante cuestion de "disciplina parlamentaria" y su deplorable estado financiero. De desear es que, aprovechando las costosas lecciones de la experiencia, despierte de sus ensueños de gloria, harto más brillantes que sensatos, mostrando entonces de un modo ménos discutible esa alianza del sentido ideal y el práctico, que tanta falta ha hecho á este gran pueblo, desde 1848 á los momentos actuales.—(*N. T.*)

vida europea, mezclándose en parte con los restantes pueblos, y asimilándose luego la civilizacion greco-romana para fortalecerse á sí propios. Así muestran las tribus germánicas desde el comienzo de su vida jurídica, un sentido más comprensivo y sintético que atiende y enlaza mejor todas las relaciones esenciales, y que, si es cierto que en muchas ocasiones deja que desear bajo el punto de vista de aquella sagacidad analítica del entendimiento romano, por lo cual han sido despues censuradas, extendió en general ámpliamente la esfera de la produccion del derecho, viniendo á tratar sin rodeos y conforme á la realidad muchas instituciones jurídicas.

La distincion esencial entre ambos derechos, no es, pues, una oposicion radical, sino que estriba en el *predominio* de ciertas tendencias del derecho germánico, que tampoco faltan por completo al romano: de manera que únicamente la relacion, la *proporcion* en que se mezclan y componen los elementos de que procede la informacion jurídica de la vida, es lo que los distingue. Pero esta proporcion nace á su vez de motivos internos que atestiguan un sentido y concepcion de la vida enteramente diversos. Por ejemplo: la relacion del derecho privado con el público, es muy otra; no lo es ménos la de la sucesion intestada con la testamentaría, y la fidelidad tiene una significacion harto más ámplia y profunda que la *bona fides* romana. El jurisconsulto debe proceder, en punto á la distincion de los particulares derechos nacionales, como el fisiólogo distingue las razas y los pueblos segun las diversas proporciones de su desarrollo corporal, y especialmente el del cráneo. Segun esto, tampoco se diferencia el derecho germánico del romano por tales ó cuales accidentes, sino por el carácter propio del génio nacional en toda la complexion de sus dotes: por donde no ha podido asimilarse el otro derecho, conforme la experiencia lo atestigua, mas que

con esenciales modificaciones. Pero así como la vida alemana en general ha progresado por la reforma y ampliacion de las relaciones biológicas y sociales, así tambien se halla cercano el tiempo en que el espíritu aleman, suprimiendo instituciones anticuadas, inicie aunque ya sólo en parte, una legislacion unitaria que corresponda á las necesidades de la vida, y cuyo éxito será mayor que otras veces, merced al auxilio de las fuerzas científicas que ya al presente poseen.

§. 2.—Sobre la necesidad de una nueva codificacion civil (1).

Digno era de un Leibnitz, pensador el más genial de Alemania y que, sobresaliendo de igual manera en la Filosofía

---

(1) Acerca de esto, véase á THIBAUT, *Sobre la necesidad de un derecho general civil para Alemania (Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, 1814); y el trabajo de SAVIGNY, contra el anterior, sobre la *Vocacion de nuestro tiempo para la legislacion (Ueber den Beruf unserar Zeit für Gesetzgebung*, 1814). De los escritos modernos (muchos de los cuales aparecieron en 1848 para servir á la codificacion, especialmente los de GEIB, HEIMBACH, etc.), véase el de SINTENIS *Sobre la cuestion de los Códigos civiles (Zur Frage von der Civilgesetzbüchern*, 1853), en el cual, con ocasion de haberse publicado el proyecto de un Código civil para Sajonia, y para disuadir de toda codificacion, se indican las controversias originadas por los Códigos modernos; pero en el que es lícito decir del autor, con sólo atender á las innumerables controversias señaladas en su derecho civil comun práctico *(Practische gemeine Civilrecht)*, que ve la paja en el ojo ageno y no la viga en el suyo, especialmente por cuanto los proyectos que ofrece para mejorar el estado del órden jurídico, tales como (p. 161) la redaccion de "un manual" bajo la autoridad del gobierno ó la "decision legal de las controversias" tienen todos los inconvenientes de la legislacion, sin ninguna de sus ventajas, y aun el primero podria llegar á ser un verdadero medio para extinguir la ciencia.—Sobre la codificacion debe tambien indicarse el libro de W. BORNEMANN, *El desenvolvimiento jurídico en Alemania y su porvenir, especialmente en Prusia (Die Rechtsentwickelung in Deutschland und deren Zukunft mit besonderer Hinsicht auf Preussen*, 1856), libro que contiene tambien proyectos prácticos.

que en el saber positivo, abrió do quiera nuevas sendas, promover tambien y en primer término el plan de una legislacion unitaria para toda su pátria (1). Pero lo que Leibnitz mismo no pudo contemplar, principió á realizarse bajo el influjo de sus doctrinas filosófico-jurídicas, desarrolladas por Wolff y por otros. Ninguna Filosofía del Derecho halló en Europa tan ámplia difusion como esta Leibnitz-Wolffiana, y ninguna fué más digna de ello, por su espíritu ético, noble y humanitario. Esta Filosofía habia ya alcanzado la confianza de los más insignes jurisconsultos prácticos del siglo XVIII, hasta el punto de que, olvidando la verdadera mision y los límites de la ciencia del derecho natural, la consideraron como la fuente más fecunda para un nuevo Código. Bajo la accion de esta Filosofía del Derecho, se redactaron el *Landrecht* prusiano, el Código civil de Austria, y, en parte aún el francés. Pero despues de rechazado el yugo extranjero, se inició entre dos de los más ilustres jurisconsultos, Thibaut y de Savigny, la célebre discusion sobre la conveniencia de un Código general civil para toda Alemania; y el triunfo provisional de la opinion del último (2) fué justifi-

(1) Véanse los escritos de LEIBNITZ, concernientes á la reforma de la jurisprudencia en *Leibnitia opera omnia* ed. Dutens, t. IV. El *Corpus juris* no habia de tener fuerza de ley, sino racional, ó, como dicen los franceses, la fuerza y autoridad del gran maestro; p. 269: *fateor optandum esse, ut veterum legum corpus apud nos habeat non vim legis, sed rationis et, ut Gallii loquuntur, magni doctoris et ex illis aliisque* patrii *etiam juris, usuque praesenti sed in primis ex evidenti aequitati* novus *quidem* codex *brevis, clarus, sufficiens, auctoritate publica concinnetur*. En el elogio, tantas veces citado, que Leibnitz hace del derecho romano (V. en nuestro texto la pág. 185 de este tomo), no desconoce de manera alguna los grandes defectos de este derecho, segun resulta de su *Ratio corporis juris reconcinnandi* l. c. t. 4.º 235-52 y de la *Epistola ad amicum de naevis et emendatione jurisprudentiae rom.*, l. c. p. 230 á 235.

(2) El juicio de THIBAUT sobre los vicios del derecho romano, sigue siendo completamente fundado. Todavia despues, decia en el *Ar-*

cado por las circunstancias que, despues de las exageraciones de principios políticos y de constituciones, hicieron inclinar la balanza hácia el lado de un desenvolvimiento histórico gradual. Sorprendente es, sin embargo, que el más renombrado fundador de la escuela histórica, cuyo gran mérito consiste en haber hecho resaltar por vez primera con insistencia, la extensa conexion entre el derecho y las condiciones temporales de la vida de cada pueblo, olvidase precisamente en esta contienda la importante exigencia de la nacionalidad de todo derecho. Cierto es que la contradiccion debia resolverse, observando que el derecho romano no fué recibido en Alemania de una manera puramente exterior, sino asimilándoselo el pueblo y convirtiéndose por tanto en derecho aleman; siendo así que se negaba á ese mismo pueblo aquel grado superior de asimilacion y de fuerza creadora que se expresa siempre con clara conciencia en la legislacion.

Pero un decreto de la Providencia permite muchas veces que motivos y opiniones individuales sirvan á otro fin, en el

---

chivo de práctica civil (Archiv für civil. Praxis, t. XXI, n. 3.): "es claro como la luz del dia que el derecho justinianeo, en sus partes prácticas, no conviene absolutamente á nuestro carácter y necesidades. Deplorables condiciones de la paternidad y el matrimonio, una miserable tutela legítima, una propiedad antinatural y sin base, un sistema hipotecario que excluye toda seguridad, un derecho de sucesion recargado de sutilezas, inconsecuencias y contradicciones con la naturaleza, un derecho de obligaciones rígido y las importantes teorías de la posesion y de la prescripcion, á medio desenvolver ó entera y radicalmente desfiguradas. Los vicios del derecho justinianeo los ha reconocido tambien Leibnitz, el cual, si es cierto que admira la sagacidad de los jurisconsultos clásicos, deplora que, á causa de sus malas bases positivas, tuviesen que llegar necesariamente á malos resultados. Pero cuánto más lo han estropeado todo (?) los emperadores sucesivos.—En verdad, que se necesita paciencia para tener que oir cómo hablan los pedantes de la grandeza de los romanos (tan codiciosos y crueles) y consideran todo lo que de ellos nos viene como una verdad digna de eternizarse.

revuelto curso de las cosas humanas. Así aconteció con la insistencia de Savigny en pró y del derecho romano, á consecuencia de la ineptitud de este derecho para constituir una legislacion germánica, librándose Alemania desde entonces de la romanizacion de su derecho en una codificacion. Pues precisamente por entonces ejercia el romano cuando desapareció la mezcla del *usus modernus* un imperio tan poderoso como exclusivo en la ciencia. Mientras que el estudio del derecho germánico á pesar de ciertas obras importantes (como la de Runde), se hallaba todavia muy abandonado; á lo cual se añade que justamente el formalismo de la filosofía jurídica Kantiana se habia apoderado del derecho romano, como lo atestiguan con toda evidencia las mismas *Pandectas* de Thibaut. Así es que, indudablemente, en cualquier codificacion el romanismo y el formalismo habian predominado.

Pronto, sin embargo, se modificó el estado de la ciencia abriéndose camino á mejores esperanzas para lo porvenir. No sólo se entendió mucho mejor la naturaleza interna del derecho romano, como su consiguiente diferencia del germánico, sino que la ciencia jurídica alemana tomó el más alto vuelo desde Eichhorn y ha venido progresando de entonces acá contínuamente. Cierto es que la Filosofía del Derecho, como tal, se vió un tanto olvidada y acusada de muchas faltas que sólo debian imputarse á aquellos jurisconsultos romanistas que convirtieron en derecho natural un insípido extracto del romano, ignorando los principios superiores y verdaderamente filosóficos; pero, indirectamente, reapareció bajo otra forma en el derecho positivo. El mismo Savigny, influido de un modo indiscutible por la Filosofía de Schelling, la cual, oponiéndose á la teoría formalista, insistia sobre la naturaleza y vida orgánicas del derecho, hizo notar la íntima conexion de éste con las relaciones de la vida, mostrando, de esta suerte, un nuevo aspecto filosófico, al modo

como habia mantenido una intuicion más libre y viva en su concepcion y estudio del derecho romano, á distincion de muchos de sus discípulos, y declarado impropias para nuestro tiempo, muchas de sus limitaciones y ficciones. Pero todavia contribuyó más á salvar el espíritu filosófico-jurídico el estudio del derecho germánico, el cual, segun se indicó antes, es el que más concuerda con una Filosofía ética del Derecho (1); sintiendo en los últimos tiempos los jurisconsultos reflexivos con nueva exigencia la necesidad de una indagacion más profunda en esta esfera.

Pero vengamos ahora á la cuestion siguiente: ¿Cuál ha sido el resultado práctico de ese progreso de la ciencia del Derecho y especialmente de la del derecho romano, durante 40 años? ¿Ha destruido la necesidad de una nueva legislacion, satisfaciéndola por otro camino, ó la ha hecho quizá más general y urgente todavia? Seria completamente inútil seguir exponiendo y discutiendo sobre el particular opiniones teóricas. Bastante se ha dicho de palabra, y solo los hechos deben ya decidir ahora. Pues bien: el estado del derecho práctico, la estadística de las controversias acerca del derecho comun en todos los pueblos, dá irrefragable testimonio de que la primera condicion formal para la seguridad del derecho (que en tantas cuestiones alcanza todavia más valor que las mismas disposiciones materiales), no se ha satisfecho por el progreso de la ciencia, y merced á la creciente concordancia de la *opinio doctorum*, segun esperaba Savigny; antes se ha hecho más apremiante merced al constante aumento de las controversias, llegando á ser la fuente de un profundo malestar y legítimo descontento en Alemania (2),

(1) Löher, *o. c.*, ha indicado tambien repetidamente esta afinidad íntima del derecho germánico y de la Filosofía del Derecho.

(2) Röllner, *Los jurisconsultos alemanes*, etc. (*Die deutschen Juristen u. s. w.*, 1854) aduce tambien varias pruebas. Su libro, aunque

por tal manera, que hay que pensar ya sériamente en su remedio. Aunque se continúe alimentando todavia el sueño que espera la única salvacion de la ciencia civil de un limitado círculo de jurisconsultos, varios gobiernos han reconocido la justicia de ese apremiante deseo, en pró de que se remedie la confusion que en el derecho reina y hecho preparar proyectos (1) de Códigos civiles (Hesse, Sajonia, Baviera), así como romanistas de los más entendidos, señalan ya la proximidad del momento en que el derecho romano debe dejar de tener fuerza de ley.

Para todos aquellos que pueden contemplar sin preocupaciones y de una manera viva la situacion del derecho, no se trata ya hoy de si debe hacerse esta reforma, sino del *cómo*. Las dificultades no son ciertamente insignificantes, naciendo, en parte, de la distincion, no bastante clara todavia, del derecho germánico y el romano, por lo que toca á los principios fundamentales, á las instituciones y al método; y en parte tambien, del atraso actual en que se hallan los estudios sérios y profundos de Filosofía del Derecho, sin los cuales jamás se podrán determinar con la precision que se requiere, las más importantes reglas é instituciones jurídicas (2). Sobre el plan y los límites, parece, sin embargo,

---

es sólo una impugnacion superficial y apasionada contra la ciencia jurídica germano-romanista y contra todos los que "defienden sus prebendas contra toda tentativa de codificacion" (p. 106), es con todo una señal de los tiempos, por cuanto ha obtenido en muy breve espacio de tiempo dos ediciones y dá á conocer el lastimoso estado jurídico de Alemania.

(1) Comp. tambien ARNDTS en la *Ojeada crítica*, etc. (*Krit. Überschau, u. s. w.*, t. I) y los escritos publicados sobre el proyecto sajon por WÄCHTER, UNGER, BESCHORNER y otros.

(2) Desde un punto de vista práctico, SEUFFERT, respetable jurisconsulto primero, despues miembro del Tribunal Supremo de Munich y distinguido escritor, ha expuesto la situacion actual y las exigencias que de ella nacen, en un artículo muy digno de leerse, publi-

haberse generalizado justamente la opinion de que se debe proceder de una manera intermedia entre el *Landrecht* prusiano, que tiene demasiado carácter de libro doctrinal, y el Código austriaco, demasiado breve en ciertas importantes materias; camino, sin embargo, que debe aproximarse principalmente al segundo. Desgraciadamente, se cree necesario renunciar, ante todo, á una codificacion general del derecho civil para Alemania entera, anticipándose aisladamente varios Estados y formándose, de esta suerte, siguiendo las tendencias particularistas germánicas muchos círculos de derecho privado. Aunque este procedimiento traerá

cado en el suplemento de la *Gaceta general de Ausburgo (Allg. A. Zeitung)* de 11 de Julio de 1853. A continuacion trasladamos algunos de sus principales pasajes: "treinta y nueve años (dice) han trascurrido desde que SAVIGNY pronunció aquellas palabras. Ahora ya es tiempo de tender la vista y prepararse á resolver esta cuestion: ¿se han hecho, desde 1814, nuestra teoría más práctica y nuestra práctica más científica que lo eran antes?"—Despues de notar Seuffert que tal vez las tres cuartas partes de las decisiones publicadas en su *Archivo* han suministrado á las obras doctrinales de los últimos 50 años, trabajos preparatorios que descienden poco al pormenor; y que, en la última cuarta parte, es muy corto el número de las decisiones en que han podido influir la ciencia y el método modernos, prosigue: "en particular la esperanza de que gran parte de las controversias usuales hallarian solucion por los esfuerzos de la ciencia en su progresivo desarrollo y especialmente por la aplicacion del método histórico no se ha realizado de modo alguno; como tampoco ha resultado exacta la suposicion de Savigny de que entre nosotros en los más de los casos de este género, se ha venido considerando acertada una sola opinion desde hace mucho tiempo."—"El archivo ó repertorio indica la diversidad sólo en las cuestiones de derecho comun; pero si se tienen en cuenta las decisiones que se apoyan en las disposiciones de los derechos particulares, se manifiesta todavia en superior grado aquel vicio del estado del derecho civil en Alemania. Los perjuicios generales que causa esa diversidad de preceptos civiles vigentes, crece con cada nuevo progreso en punto á la facilidad del comercio personal y de los bienes; con cada nuevo adelanto de los intereses materiales que abraza varias legislaciones particulares; con cada aumento de las relaciones familiares y de los negocios que enlazan y rodean al habitante de varios ter-

consigo ciertos inconvenientes para la ciencia y la práctica, hay que aplaudirlo como un comienzo de mejores tiempos y esperar que esa série de círculos se aumentará pronto con otros Estados, como ha acontecido con la union aduanera *(Zollverein)* y llegarán á formar antes de mucho un sólo círculo. Pero ante todo deben separarse del derecho general privado todas aquellas esferas particulares que principalmente se refieren á ciertas relaciones de la vida, sobre las cuales jamás el derecho romano ha podido ejercer mucho influjo y que, desenvueltas por el movimiento y tráfico de los tiempos modernos, son las que más apremian para su regu-

---

ritorios y legislaciones. ¡Qué inmenso vuelo y desarrollo se muestra en estos respectos, cuando se compara el presente con el tiempo en que Savigny escribia sobre la *Vocacion legislativa!* Entonces no parecia abrirse espectativa alguna de poder obtener una nueva legislacion civil para Alemania, merced á una asociacion de derecho civil que abrazase tambien á Austria y Prusia ó al menos á esta última Nacion. Por otra parte, en aquellos países en donde se halla vigente el derecho comun, se ha llegado á la conviccion de que debe renunciarse á la esperanza de lograr un órden de cosas, siquiera aproximadamente satisfactorio merced á la *ciencia jurídica*; y que el necesario remedio sólo puede obtenerse emprendiendo la obra de una legislacion civil completa. Si se pretendiese llegar á ese resultado por varias legislaciones particulares, como en el derecho y procedimiento penales ha acontecido, seria buena razon tambien para renunciar á esta iniciativa pronta, considerando que por aquel camino sólo se encontrarian obstáculos para llegar ulteriormente á la unidad de legislacion, y para recomendar más bien que en un porvenir inmediato no se hiciesen sino reformas parciales y decisiones de conflictos, como Savigny recomendaba. Pero de buen grado se siente uno inclinado á la idea, últimamente expresada en estas hojas, de que el *hecho* nacido de esa exigencia general, una vez realizado con aplauso en cualquiera de ios Estados, seguiria desenvolviéndose, promoviendo otros análogos y abriendo camino á la union de derecho civil *(Civilrechtsverein)*. Por mi parte, no puedo negar mi ingénita confianza en el completo éxito de cuantos consejos sean útiles para el bien comun, ni dejar de exclamar: "¡Proyecta animoso la obra de utilidad general, y aplica todas tus fuerzas á realizarla hábilmente!"

lacion general legislativa. Así existe hoy en todos los Estados de la Confederacion Germánica un derecho comun respecto al cambio, que hace sentir más vivamente la necesidad de un derecho mercantil comun, mientras que el derecho privado tocante á la industria que comprende el relativo á la primera produccion (derecho agrícola, de minería, etc.) y especialmente el de las manufacturas tecnológicas, ya más desenvuelto, debe regularse ante todo dentro de los particulares límites de los grandes territorios políticos y aduaneros, así como industriales.—En un porvenir aún lejano podrá formarse tambien un derecho comun penal para toda Alemania: ya que precisamente en esta esfera una Filosofía del Derecho, profunda y ética, tiene que aclarar y determinar todavía en sus diversas relaciones jurídicas los conceptos fundamentales, y en primer término el fin de la pena que ha de servir de criterio á los restantes principios y que el Cristianismo, la humanidad y la verdadera justicia hacen consistir en la correccion, cuyo logro persigue, cada vez de una manera más perfecta (1), el sistema penitenciario, aunque demasiado severo (2). Pero donde quiera que una nueva legislacion ya general, ya particular, se propone, es menester velar cuidadosamente por su contínuo desenvolvimiento práctico y en especial porque al lado de la legislacion se reconozca á los tribunales superiores, ó á un tribunal comun supremo, ciertas atribuciones *quasi pretorias* como se las ha llamado, singularmente para decidir los conflictos (3).

(1) V. p. 338.

(2) El sistema penitenciario, bien entendido, esto es, tal como el Derecho propia y rigurosamente lo exige, no es ni más benigno, ni más severo de lo que debe ser. Cuando se falta, al aplicarlo, á sus esenciales condiciones, puede resultar *injusto*; cuando se observan, jamás es posible que surta la prision penitenciaria esos duros y crueles efectos que sin razon se le imputan. Lo extraño es que el autor caiga tambien en esas confusiones.—(*N. T.*)

(3) Este medio paralelo de desenvolver el Derecho, inmedia-

La necesidad de una nueva legislacion es, pues, indispensable, así para el derecho privado general, como para los particulares; las fuerzas precisas para satisfacerla, existen tambien y podrian fácilmente reunirse y fortificarse (1).

FIN DEL TOMO SEGUNDO.

tamente enlazado á la legislacion, lo recomienda en especial BORNEMANN, *o. c.*, el cual dá á Prusia, "como el Estado que primero ha quebrantado la supremacía del derecho romano, siendo tambien el primero que de esta suerte disolvió el comun vínculo jurídico, la mision de preceder á todos los demás Estados, á su vez, en el camino de una union jurídica más perfecta." En todo caso, Prusia, aun á causa de la necesidad de reformar su *Landrecht* podria sentir este impulso; pero la obra, realizada de una manera cumplida tambien en Baviera, en Sajonia ó en ambos Estados, daria pronto la base para su mayor acuerdo.

(1) Como medio de esta clase, para reconcentrar y fortalecer dichos elementos, consideraria yo muy conveniente la reunion, que se repetiria algunas veces, de un Congreso de todos los jurisconsultos alemanes, convencidos de la necesidad de una codificacion y á los cuales, quizá á instancias de un Gobierno, se podria someter el exámen concienzudo de este problema en el fondo y en la forma.

APÉNDICE.

Las siguientes notas críticas y bibliográficas tienen por objeto completar las indicaciones hechas acerca de las materias sobre que versan, en el texto ya impreso.

A.—*Sobre el derecho hebráico.* (T. I, p. 316.)

1. Sobre el arte judáico y el templo, V. De SAULCY, *Hist. de l'art judaïque*, 1856; *Voyage autour de la mer Morte et dans les terres bibliques*, 1859; *Voyage en Terre Sainte*, 1866; De VOGÜÉ, *Le Temple de Jerusalem*, 1864.

2. Sobre los filisteos y su orígen pelásgico, V. HITZIG, *(Historia primitiva y mitología de los filisteos) Urgesch. und Mythologie der Philistäer*, 1845: STARK, *Investigaciones sobre la hist. y arqueol. del Oriente helénico (Forschungen zur Gesch. und Alterthumskunde der hellenischen Orients)*, 1852.

3. DOZY, *Los israelistas en la Meca (die Israeliten zu Mekkah)*, 1865, pretende que la ciudad santa de los musulmanes fué fundada por algunos restos de la tríbu de Simeon, que emigraron á la Arabia. —V. F. LENORMANT. *o. c.*, I, 246.

4. Sobre el reino de Judá, V. BERNHARDI, *Commentatio de causis quibus effectum sit ut regnum Judae diutius permaneret quam regnum Israël*; 1825.

5. Sobre las relaciones entre los egipcios y los hebreos, V. MARSHAM, *Canon chronicus*; Spencer, *Dissertatio de Urim et Thummim*; WITSIUS, *Aegyptiaca, sive de aegyptiacorum sacrorum cum hebraicis collatione*.—*(N. T.)*

B.—*Sobre el derecho musulman.* (T. I, p. 328.)

Mahoma (*Coran*, cap. IV, p. 3) sólo autoriza cuatro mujeres, sean legítimas ó concubinas; pero luego la costumbre admitió hasta más de cuatro de las primeras y cuantas se pudiesen sostener de las segundas.

Suele considerarse á la legislacion mahometana como una de las que desconocen en más alto grado la dignidad y el derecho de la mujer; y esto no es exacto. Es verdad que Mahoma afirma en absoluto la superioridad del varon respecto de aquella; pero él limitó la poligamia; condenó la antigua creencia de los árabes, quienes consideraban como una desgracia el nacimiento de una hija; proscribió la facultad de enterrar viva á la hija á quien no se podia alimentar; prohibió casar á la mujer contra su voluntad y que pasara á los sucesores del marido como si fuera parte de la herencia de éste; le dió derechos sucesorios á la par que al hombre, y exigió respeto y consi-

deracion para olla. Y si á esto se añade que la parte de la sucesion de la mujer era la mitad que la del varon, que lo propio sucedia con la composicion, que se pagaba como rescate del derecho de venganza, y que el testimonio de un hombre valia tanto como el de dos mujeres (como indica el texto), se comprenderá cómo lo dispuesto por Mahoma fué un progreso relativo respecto de lo existente, en el sentido de reconocer el derecho de la mujer.

En el Coran, realmente, se revelan varios sentidos de la pena: se consigna la ley del talion; se declara inocente al que venga una injusticia; se deja tranquilos á los que se arrepienten, "porque Dios quiere perdonar," y se establece la composicion voluntaria. En la penalidad, hay como una escala: consejo, reprension, multa, prision, azotes, muerte, que se vá aplicando sucesivamente segun que se reincide en la comision de ciertos delitos.—(A.)

C.—*Sobre la conquista de Inglaterra por los Normandos.* (T. II, p. 394.)

La cuestion relativa al influjo de la conquista de Inglaterra por los Normandos es objeto, en la actualidad, de interesantes investigaciones históricas. Edw. A. Freeman acaba de publicar el último tomo de los cinco que componen su obra titulada *The History of the Normand Conquest of England*, Oxford, 1879: obra que ha llamado la atencion, no ya en su país, sino en toda Europa. El propósito de este libro es demostrar que el génio francés ha tenido una parte mucho menor de lo que hoy generalmente se estima, en la formacion de la nacionalidad inglesa. Piensa su autor que el pueblo inglés es radicalmente sajon, emparentándolo así con las razas alemanas, y que la Magna Carta, por su tendencia eminentemente práctica, retrata fielmente el carácter peculiar del espíritu de esta nacion, á diferencia del que domina en todas las demás. Trata de desmentir tambien la creencia de que la Carta haya sido inspirada por el génio normando, sosteniendo que en la época en que se publicara, la fusion estaba ya casi realizada y los barones que allí fueron desde Francia, eran ya verdaderos ingleses en 1215. Como esta afirmacion, en el estado actual de los estudios histórico-británicos, no deja de ser atrevida y por más que reconozca que la fusion no quedó consumada hasta que el rey Juan perdió la Normandía, allega gran número de argumentos para fundar su opinion, presentando, entre otras pruebas, el entusiasta ardor empleado en la defensa de los derechos de la Iglesia y del pueblo, contra Enrique II, por Tomás Becket, acerca del cual ofrece datos nuevos, que modifican su legendaria biografía.

El libro de que nos ocupamos, muy elogiado, como se ha dicho, revela, sin embargo, en su autor un celo patriótico tan exajerado, y tan grande espíritu de animosidad contra el pueblo francés, que no ha po-

dido ménos de suscitar justas protestas, por parte de los hombres dedicados á investigaciones históricas en este último país; y M. Jules Tessier, en un artículo recientemente publicado (*Revue politique et littéraire*, 30 Nov. 1878), ha hecho resaltar con excelente crítica, tanto en lo relativo á los hechos, como respecto de las ideas, y valiéndose generalmente de las armas que Mr. Freeman mismo ofrece, los puntos débiles de la causa que éste se propone sostener.—Cuando M. Tessier ve que Freeman se regocija todavia del triunfo de Waterlóo y lo presenta como una revancha de la batalla de Bouvines, no puede admitir, en modo alguno, que el recuerdo de las violencias cometidas durante tanto tiempo en Inglaterra por los Normandos se hubiese extinguido ya á principios del siglo XIII. En la política sostenida por el arzobispo Becket—de cuyo orígen normando, plenamente demostrado en la obra de que nos ocupamos, se felicita el articulista francés—él no ve sino un representante de la Iglesia, que únicamente se propone defender, como lo hiciera en cargos ménos elevados, los derechos que á ella correspondian; por más que en el resultado, gracias á la íntima conexion, que Mr. Freeman señala, entre los derechos de la Iglesia y los del pueblo, alcancen éstos tambien su beneficio. Y respecto de la pretendida ruptura completa de la sumision de Inglaterra á Francia y Normandía, á causa de la conquista de este país por Felipe Augusto, M. Tessier recuerda la eleccion posterior de Luis, hijo de aquel rey, para la corona de Inglaterra, hecho que se aviene mal con dicha completa independencia, cuando Inglaterra pudo elegir monarca en otros países; en Alemania, por ejemplo. A pesar de que la tendencia del interesante artículo de que nos ocupamos es revindicar para Francia todo el influjo que le corresponde en la formacion de la sociedad inglesa, no se le puede tachar del mismo defecto contra que protesta, esto es, de un desmedido amor propio nacional. M. Tessier reconoce ingénuamente lo vicioso del desarrollo histórico de su pátria; si bien en las circunstancias políticas de ambos países, y no en su espíritu de raza, halla la explicacion de las direcciones distintas que han seguido uno y otro: pues su principal objeto, al combatir el exajerado amor pátrio del escritor inglés, es protestar contra esa idea, tan extendida, de que existan razas privilegiadas, la germánica ó sajona, por ejemplo, predestinadas al goce pacífico y sólido de la libertad, mientras que las demás están fatalmente condenadas á la vergüenza y á las miserias del despotismo: que si hay pueblos mejor ó peor dotados para la vida política (dice), hay en cambio tambien circunstancias más ó ménos favorables para el desarrollo de ésta.—(*N. T.*)

ÍNDICE.

LIBRO II.

HISTORIA DEL DERECHO.

Seccion segunda.—*Historia jurídica y política de los principales pueblos civilizados.*

(Continuacion.)

PÁGS.